



Revista Eletrônica
do Tribunal Regional
do Trabalho da Bahia

REFORMA TRABALHISTA



Ano VII | nº 10 | Outubro 2018

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano VII, número 10, outubro de 2018

PRESIDENTE: Desembargadora Maria de Lourdes Linhares Lima de Oliveira

VICE-PRESIDENTE: Desembargadora Débora Maria Lima Machado

CORREGEDORA REGIONAL: Desembargadora Dalila Nascimento Andrade

VICE-CORREGEDORA REGIONAL: Desembargadora Marizete Menezes Corrêa

DIRETORA DA ESCOLA JUDICIAL: Desembargadora Margareth Rodrigues Costa

CONSELHO EDITORIAL:

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Desembargador Edilton Meireles de Oliveira Santos

Juiz José Augusto Rodrigues Pinto (aposentado)

Juiz Danilo Gonçalves Gaspar

Juiz Aloísio Cristovam dos Santos Júnior

Juiz Luciano Martinez

Juiz Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

Juiz Guilherme Guimarães Ludwig

Juíza Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Juíza Clarissa Nilo de Magaldi

Juíza Monique Fernandes Santos Matos

Juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Editor Gerente: Juiz Danilo Gonçalves Gaspar

Organização: Ivana Cléa Gusmão de Oliveira

Editoração: Aléxia Barbosa Corujas

Revisão: Paula Barreto e Valdicéa do Val

Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Escola Judicial. - Ano 1, n. 1 (dez. 2012-).- Salvador, 2012-

Ano 7 n. 10, out. 2018 (online). Acesso: <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revista-eletronica-edicao-actual>

Semestral

Título anterior: Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT5.

ISSN 2317-9155

1. Direito do trabalho. 2. Processo trabalhista. 3. Jurisprudência trabalhista – Brasil. 4. Justiça do Trabalho - Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região)

CDU 34:331(81)(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do TRT da 5ª Região

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano VII, número 10, outubro de 2018

Apresentação

A Escola Judicial lança um número temático da Revista Eletrônica do TRT5 com o tema: Reforma Trabalhista.

Essa é a primeira edição da nossa gestão, com textos especialmente relacionados às mudanças pós-reforma trabalhista, e que muito nos afetam: do negociado em face do legislado, dispensa coletiva, grupo econômico, controle de convencionalidade, a nova diretriz hermenêutica da CLT, segurança jurídica e princípio da proteção, arbitragem, são alguns dos temas abordados nos artigos que a compõem.

Na Verve literária, somos brindados com conto e poemas de servidor e magistrados do nosso Regional, enriquecendo a revista e trazendo o frescor que a arte nos proporciona.

Seguiremos apoiando essa publicação, que representa o viés acadêmico do nosso Regional, sempre no intuito de que a publicação se aprimore continuamente.

Uma boa leitura!

Maria de Lourdes Linhares
Desembargadora Presidente do TRT5

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano VII, número 10, outubro de 2018

Apresentação da Escola Judicial

Querido(a) leitor(a),

A Revista Eletrônica do TRT 05 chega, com muita alegria, a sua décima edição!!!

Nesta edição, os artigos foram selecionados a partir do eixo central da Reforma Trabalhista, tanto no campo do Direito Material, quanto no campo do Direito Processual, de modo a contribuir com os debates acadêmicos e profissionais sobre o tema, em um momento naturalmente de muitas dúvidas e incertezas.

Os artigos foram avaliados e aprovados pelo Conselho Editorial, nos termos do edital, de modo a permitir ao leitor importantes reflexões sobre os temas.

Seguiremos em frente, prosseguindo na qualificação acadêmica desta revista eletrônica, reforçando sua tradição no âmbito nacional.

Muita luz a todos!!!

Danilo Gaspar

Editor Gerente da Revista e Coordenador da EJUD 05.

Sumário

Artigos

A responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e periciais do beneficiário da justiça gratuita após a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

Danilo Gonçalves Gaspar8

Supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT

Enoque Ribeiro dos Santos30

O que mudou (se é que mudou) na sistemática da concessão do benefício da justiça gratuita com a Reforma Trabalhista

Fabiano Aragão Veiga51

A desistência da ação no processo do trabalho

Geovane de Assis Batista63

Segurança jurídica e princípio da proteção: limites à eficácia temporal da lei 13.467/2017 e medida provisória 808/2017

Guilherme Guimarães Ludwig

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira78

A arbitragem em conflitos individuais trabalhistas: uma interpretação constitucional e lógico-sistemática do art. 507-A da CLT

João Renda Leal Fernandes89

A impossibilidade material da coexistência da autonomia da vontade coletiva e a persecução da justiça no âmbito laboral - análise de efeitos da Reforma Trabalhista

Juliana Reis de Faria

Prof. Me. Vander Luiz Pereira Costa Júnior105

Reflexos da Reforma Trabalhista na Execução Judicial

Laís Ribeiro de Sousa Bezerra122

A dispensa coletiva trabalhista à luz dos deveres de socialidade e eticidade dos contratos <i>Maurício de Melo Teixeira Branco</i>	140
O grupo econômico na Reforma Trabalhista e a cumulatividade dos requisitos do art. 2º, §3º, da CLT <i>Roberta de Oliveira Souza</i>	160
A compreensão da equidade no Direito do Trabalho: resgatando o tema pela releitura de Mario de la Cueva <i>Rodolfo Pamplona Filho</i> <i>Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos</i>	164
Direito Processual Intertemporal e a Instrução Normativa n.º 41/2018 do TST: a aplicação das inovações da Reforma Trabalhista ao processo do trabalho <i>Rodolfo Pamplona Filho</i> <i>Leandro Fernandez</i>	180
O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano Fundamental ao Trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista <i>Rodolfo Pamplona Filho</i> <i>Matheus Lins Rocha</i>	210
De volta ao positivismo: a nova diretriz hermenêutica da CLT <i>vintage</i> <i>Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale</i>	237

Verves Literárias

O reino do laço, na terra da lassidão <i>Fernando Luiz Borges Jr.</i>	257
--	-----

Poemas

Perdi o meu emprego	
<i>Danilo Gaspar</i>	260
A essência de ser professor	
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	262
Desestruturação produtiva	
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	263
Diretiva da vergonha / Diretiva sem-vergonha	
<i>Rodolfo Pamplona Filho / Márcio Granconato</i>	265
Infortunística	
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	268
Para quando a juventude se for...	
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	269
Pelos filhos	
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	270
Podar ou lapidar	
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	271
Preconceito	
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	272



A responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e periciais do beneficiário da justiça gratuita após a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

Danilo Gonçalves Gaspar¹

Resumo: um dos grandes abalos promovidos pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) foi na sistemática das despesas processuais. Não somente através da previsão dos honorários advocatícios sucumbenciais, mas também no que tange aos honorários periciais e aos requisitos para concessão do benefício da justiça gratuita. As mudanças, no entanto, não podem escapar do filtro constitucional, nem tampouco de uma interpretação sistemática do tema, de modo a impedir que o processo do trabalho seja um ambiente único onde, na contemporaneidade, existam barreiras intransponíveis ao acesso à justiça, direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

Palavras-chave: processo do trabalho – justiça gratuita – honorários – reforma trabalhista – requisitos.

Sumário: 1. Introdução. 2. O significado contemporâneo de acesso à justiça. 2.1 A evolução do significado do acesso à justiça. 2.2 A primeira onda do movimento de acesso à justiça. 3. Assistência Judiciária Gratuita e Justiça Gratuita. 3.1 A assistência judiciária gratuita. 3.2 O benefício da justiça gratuita. 4. Hipóteses de concessão do benefício da justiça gratuita. 4.1 A realidade antes da Lei n. 13.467/2017. 4.2 A realidade após a Lei n. 13.467/2017. 5. Os efeitos da concessão da Justiça Gratuita. 6. A possibilidade de execução (cobrança) do beneficiário da justiça gratuita das despesas processuais. 7. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais e a disciplina da Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. 8. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios na disciplina da lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. 9. Conclusões. 10. Referências.

1. Introdução

A CRFB/88 prevê uma série de direitos e garantias fundamentais, inclusive de natureza processual. Entre eles, com íntima relação com o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), o direito à assistência judiciária gratuita, conforme previsto no art. 5º, LXXIV, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

Desse modo, as normas infraconstitucionais que tratam do tema devem ser interpretadas à luz da CRFB/88 (interpretação conforme a Constituição), tendo sempre em

¹ Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho (Curso Preparatório para Carreira Jurídica – JUSPODIVM – Salvador/BA). Bacharel em Direito (Faculdade Ruy Barbosa – Salvador/BA). Professor de Direito do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito – FBD. Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito. Professor de Cursos Preparatórios Para Concursos Públicos e Exame da OAB. Autor de Obras Jurídicas.

vista a necessidade de promover a efetivação de direitos fundamentais, ante a ocorrência do fenômeno denominado “neoconstitucionalismo”.

Além disso, importante destacar que a assistência judiciária gratuita, expressamente prevista no texto constitucional, é gênero, consistindo no direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais, abrangendo, portanto, a ideia de justiça gratuita.

2. O significado contemporâneo de acesso à justiça

O direito fundamental de acesso à justiça, consagrado pela CRFB/88 no inciso XXXV do art. 5º, além de revelar, internamente, um dos direitos fundamentais garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, revela um estágio de amadurecimento de uma sociedade e o seu grau de democracia.

Isto porque, em uma perspectiva democrática de Estado, a sociedade necessita de instrumentos efetivamente capazes para que todo e qualquer cidadão, caso sofra alguma lesão (ou ameaça) em seu direito, possa, concretamente, recorrer ao Poder Judiciário, não somente batendo à sua porta, mas sobretudo valendo-se dos princípios do Juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88).

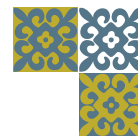
Para tanto, torna-se imprescindível que o Estado, em sentido amplo, elimine barreiras, muitas vezes intransponíveis, ao acesso à justiça, de modo que o Poder Judiciário seja, de forma efetiva, acessível a todo e qualquer cidadão:

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 7)

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 8)

Neste sentido, há – o que é uma realidade inexorável nos sistemas capitalistas de produção – uma desigualdade social que faz com que, conforme dados estatísticos divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o rendimento médio real domiciliar per capita seja de R\$ 1.157,07, sendo que metade dos brasileiros possuem renda menor que um salário mínimo.²

² Segundo dados levantados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua), em 2017, no país, o rendimento médio real domiciliar per capita foi R\$ 1.157,07, sendo que, no Estado de menor renda per capita mensal, Maranhão, encontra-se o valor de R\$ 597,00, e no Distrito Federal, local de maior renda per capita mensal, encontra-se o valor de R\$ 2.548,00. (ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_



Estes dados objetivos, números contra os quais não há discussão, revelam não somente a concentração de renda que marca as sociedades capitalistas, como o caso brasileiro onde, em 2016, 1% dos trabalhadores com os maiores rendimentos recebia por mês, em média, R\$ 27.085,00 – o equivalente a 36,3 vezes mais do que a metade da população com os menores rendimentos, que ganhava, em média, R\$ 747, revelando, também, que, para os fins legais (o tema será explorado mais a frente), a sociedade brasileira é economicamente pobre, havendo, portanto, uma barreira verdadeiramente intransponível ao acesso à justiça: as despesas do processo.

2.1 A evolução do significado do acesso à justiça

Nos Estados tipicamente liberais, marcados por direitos tipicamente individuais, o processo e o procedimento estavam voltados para os litígios destes direitos, reinando o formalismo processual.

Nestes modelos de Estado, este simplesmente assegurava o direito de acesso à justiça, mantendo-se passivo, evitando tão somente que esse direito fosse infringido/violado por outrem, de modo que o Estado não se preocupava com a incapacidade de algumas pessoas de, na prática, exercerem o direito de acesso à justiça, revelando uma realidade na qual a Justiça só era possível para aqueles que pudessem enfrentar seus custos: era um acesso simplesmente formal ao direito de acesso à justiça:

Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 9)

A segunda dimensão dos direitos fundamentais marca, por sua vez, a outorga pelo Estado de direitos sociais, cuja satisfação dependia de uma atuação positiva do Estado, momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo e a noção de acesso à justiça revelava um “sistema jurídico moderno e igualitário que pretendia garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 11)

Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2017.pdf).

O acesso à justiça pode, portanto, se encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 12)

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 12)

Na atualidade, seja a partir da noção dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88, já citados, seja a partir das normas fundamentais do processo trazidas pela Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015), necessário, portanto, que se conceba exatamente um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

2.2 A primeira onda do movimento de acesso à justiça

Para se conceber um sistema jurídico moderno e igualitário que consiga, efetivamente, garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos, é imprescindível que se eliminem as barreiras intransponíveis ao acesso à justiça, a começar pelos custos do processo. A solução para o obstáculo dos custos processuais é a concessão de Assistência Judiciária Gratuita aos necessitados – A “primeira onda” do movimento de acesso efetivo à justiça (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 31).

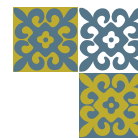
Não se está falando de algo novo, percebe-se. Está-se, aqui, apenas lembrando em que contexto surgiram os institutos da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita, para que não se perca, jamais, o seu sentido primordial, qual seja: materializar um sistema jurídico igualitário que consiga, efetivamente, garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

3. Assistência Judiciária Gratuita e Justiça Gratuita

3.1 A assistência judiciária gratuita

Apesar de próximos, os institutos da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita se diferenciam enquanto, respectivamente, gênero e espécie.

Assim é que a assistência judiciária gratuita revela o direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais, consagrado no art. 5º, LXXIV, da CRFB/88: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.



No Brasil, em geral, a assistência judiciária gratuita é prestada pela Defensoria Pública, ou por quem exerça cargo equivalente, sendo que, se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais (arts. 1º e 5º, § 2º e §5º, da Lei n. 1.060/50).

No âmbito da Justiça do Trabalho, por sua vez, a Assistência Judiciária Gratuita é disciplinada pela Lei n. 5.584 de 1970, que em seu artigo 14 diz que “Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”, deixando, portanto, a responsabilidade pela concessão de defensor para representar, em Juízo, o trabalhador necessitado.

Supletivamente, a obrigatoriedade de concessão de assistência judiciária gratuita, na Justiça do Trabalho, deve ser concedida pelo Estado, através de Promotores ou Defensores Públicos, conforme art. 17 da Lei n. 5.584 de 1970: “Quando, nas respectivas comarcas, não houver Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da categoria profissional do trabalhador, é atribuído aos Promotores Públicos ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência judiciária prevista nesta lei”.

3.2 O benefício da justiça gratuita

O instituto da justiça gratuita ou da gratuidade da justiça, por sua vez, é uma espécie do gênero assistência judiciária gratuita, garantindo ao cidadão, na forma do art. 98, §1º, do CPC/2015³, a isenção das seguintes despesas processuais: I – as taxas ou as custas judiciais; II – os selos postais; III – as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV – a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V – as despesas com a realização de exame de código genético – DNA e de outros exames considerados essenciais; VI – os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII – o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX – os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Registre-se, entretanto, desde já, que, como será melhor analisado adiante, a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, § 2º, CPC/15).

Importante destacar, ainda, que, conforme art. 98, § 4º, do CPC/2015, “A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais

³ Importante destacar que o art. 1.072, III, do CPC/2015 revogou os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 que, até então, regulava o tema.

que lhe sejam impostas”, revelando, assim, que eventual multa por litigância de má-fé não é isentada ao beneficiário da justiça gratuita.

Por fim, vale destacar que, quanto ao inciso VIII do art. 98, §1º, do CPC/2015 (regra que, anteriormente, havia sido inserida pela Lei Complementar n. 132/2009 no art. 3º, VII, da Lei n. 1.060/50), o entendimento até então predominante no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho era no sentido de que a isenção dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório não abrangia o depósito recursal previsto no art. 899 da CLT e no art. 40 da Lei n. 8.177/91.

O entendimento do TST partia da natureza jurídica do depósito recursal que, conforme item I da IN 3/1993 do TST, possui natureza jurídica de garantia do juízo recursal e não de taxa de recurso.

Neste particular, contudo, a Lei n. 13.467/2017, alterando a sistemática até então vigente, incluiu o § 10 do art. 899 da CLT, passando a prever, de forma expressa, que “**São isentos do depósito recursal** os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.” (grifamos).

Trata-se de alteração que, na linha substancial do acesso à justiça, visa permitir que aquele que não tenha condições de arcar com as despesas processuais – lembrando que, no caso da Pessoa Jurídica, é imprescindível que esta demonstre, de forma inequívoca, sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais (Súmula n.481 do STJ e item II da Súmula n. 463 do TST) – possa interpor um recurso, exercendo, assim, seu direito fundamental ao acesso à justiça.

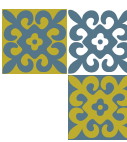
4. Hipóteses de concessão do benefício da justiça gratuita

4.1 A realidade antes da Lei n. 13.467/2017

Até o advento da Lei n. 13.467/2017, a concessão do benefício da justiça gratuita, no processo do trabalho, estava prevista apenas no § 3º do art. 790, da CLT, que contemplava duas hipóteses de concessão, a requerimento ou de ofício, do referido benefício: a) receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou; b) declarar, sob as penas da lei, que não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

A primeira hipótese (receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal) contemplava uma presunção legal de veracidade do estado de pobreza, baseada em um critério objetivo: recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal.

A segunda hipótese, por sua vez, estava relacionada àqueles que, a despeito de receberem salário superior ao dobro do mínimo legal (afinal, se recebessem salário até o dobro do mínimo legal, estariam contemplados na primeira hipótese), declarassem,



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

Importante destacar, neste particular, que, no âmbito da Justiça do Trabalho, sempre se entendeu, tanto por força do art. 1º da Lei n. 7.115/83, quanto por força, depois, do art. 99, § 3º, do CPC/2015, que, quando firmada por pessoa natural, a declaração de pobreza era presumidamente verdadeira – de modo que bastava que a parte juntasse declaração de pobreza, cabendo à parte contrária, se fosse o caso, produzir provas capazes de infirmar a referida declaração.

A declaração de pobreza, para produzir seus efeitos, precisa ser, necessariamente, assinada pela própria parte ou por advogado com poderes específicos para tanto, nos termos do art. 105 do CPC/2015.⁴

4.2 A realidade após a Lei n. 13.467/2017

A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), alterando a sistemática para a concessão do benefício da justiça gratuita até então existente na CLT, conferiu nova redação ao § 3º do art. 790 e incluiu, neste mesmo artigo, o § 4º.

No que se refere ao § 3º, passou a prever que “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Neste particular, a alteração promovida pela Reforma Trabalhista ampliou o acesso à justiça, na medida em que, alterando a hipótese que contempla uma presunção legal de veracidade do estado de pobreza, substituiu o critério até então vigente (recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, o que, considerando os valores atuais, significaria receber salário igual ou inferior a R\$ 1.908,00) pelo critério de recebimento de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁵, o que, considerando os valores atuais, significa receber salário igual ou inferior a R\$ 2.258,32).

Assim, como dito, ampliou-se o acesso à justiça, na medida em que passou a permitir ao Juiz, a requerimento ou de ofício, a concessão do benefício da justiça gratuita a quem receba salário entre R\$ 1.908,01 a 2.258,32, o que não seria possível caso mantido o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo.

⁴ Não por outra razão, o TST, após a entrada em vigor do CPC/2015, cancelou a OJ n. 331 da SDI-1, que dizia que “Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita” e, em seguida, editou a Súmula n. 463, dizendo que: “I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.”

⁵ Para o ano de 2018, o valor máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é de R\$ 5.645,80.

Já com relação ao § 4º do art. 790, a Reforma Trabalhista, diante da redação deste novo dispositivo, vem despertando diversas reflexões.

Isto porque, pela redação anterior (do § 3º do art. 790), a segunda hipótese de concessão do benefício da justiça gratuita estava relacionada ao fato de a parte, a despeito de receber salário superior ao dobro do mínimo legal, declarar, sob as penas da lei, que não possuía condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

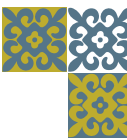
Pois bem. Com a redação do § 4º do art. 790 da CLT, possível identificar, na prática, uma ou duas mudanças substanciais. A primeira está relacionada, agora, à impossibilidade de concessão, de ofício, do benefício da justiça gratuita àqueles que recebam salário superior a 40% do teto do INSS, já que a possibilidade de concessão, de ofício, da justiça gratuita, está prevista apenas no § 3º do art. 790 da CLT, que, após a Reforma Trabalhista, passou a contemplar apenas uma hipótese de concessão do benefício: receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Assim, diante do novo artigo 790 da CLT, na hipótese de a parte receber salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, a concessão do benefício da justiça gratuita está condicionada ao seu requerimento, sendo vedada, portanto, a sua concessão de ofício pelo Magistrado.

A outra conclusão que se pode extrair da alteração promovida pela Reforma Trabalhista está diretamente relacionada à substituição da expressão “declarar” pela expressão “comprovar”, de modo que é possível entender que, a partir da Reforma Trabalhista, não basta que a parte que receba salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social declare, sob as penas da lei, que não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, sendo imprescindível, portanto, que a parte requerente comprove, mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Tratar-se-ia, contudo, de interpretação distante da CRFB/88 (art. 5º, XXXV) e isolada, na medida em que o regramento da concessão do benefício da justiça gratuita encontra-se previsto em outras normas do sistema jurídico, o que impõe, assim, uma interpretação sistemática do novo dispositivo da CLT.

Desta maneira, ao interpretar o § 4º do art. 790 da CLT (O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo) é possível, sem maiores esforços interpretativos, concluir que, em verdade, exceto quanto à impossibilidade de, neste caso, o Magistrado conceder, de ofício, o benefício, nada mudou!



Isto porque, na hipótese de a parte receber salário superior ao equivalente a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, caso junte aos autos declaração pessoal de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), esta declaração não dependerá de qualquer outra prova.

A conclusão acima decorre do fato de que, nos termos do art. 99, §3º, do CPC/2015 e do art. 1º da Lei n. 7.115/83 (aplicáveis ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC/2015), a declaração pessoal de pobreza goza de presunção legal de veracidade, presunção esta que, diante da ausência de provas em sentido contrário, prevalece, afinal, nos termos do art. 374, IV, do CPC/2015, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, o que é o caso, como visto, da declaração de pobreza.

Assim, se a parte, a despeito de receber salário superior ao equivalente a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, juntar aos autos declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), caberá (continuará cabendo, na verdade, já que, antes da Reforma Trabalhista, era exatamente isto o que ocorria) à parte contrária produzir provas capazes de infirmar a referida declaração de pobreza.

Foi justamente nesse sentido o entendimento consagrado pelo Desembargador Edilton Meireles, quando da decisão monocrática proferida nos autos do AIRO 0000242-76.2017.5.05.0493:

Diga-se, ainda, que o § 4º do art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17, não alterou esse panorama ao exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos.

Isso porque, no caso, em aplicação supletiva do CPC/15, tem-se como prova da insuficiência do recurso a mera declaração da pessoa natural. Não fosse isso, esse dispositivo do CPC segue a linha do disposto na Lei nº 7.115/83, que, em seu art. 1º, estabelece que a própria declaração do interessado é suficiente para “fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes”.

Assim, ainda que por aplicação do disposto na Lei nº 7.115/83, mais especial que a CLT em relação ao tema, deve-se ter como comprovado o estado de pobreza do Autor. Tal entendimento é corroborado pela norma presente no art. 99, § 2º, da CLT, segundo a qual, “o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade” e, ainda assim, deverá, antes do indeferimento, “determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”.

Nada impede, por exemplo, que a parte contrária, com base nos próprios recibos de pagamento da parte autora, alegue (e eleja os referidos documentos como prova para tanto) que a renda mensal da parte autora (já comprovada nos autos e, neste caso, necessariamente

superior a 40% do teto do INSS) comprova sua possibilidade de arcar com as custas do processo e elide a presunção de veracidade da declaração de pobreza juntada aos autos.

Neste caso, caberá ao Magistrado, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação (agora sim é necessário falar em comprovação, já que o Magistrado, diante da alegação da parte contrária, concluiu haver, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade) do preenchimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

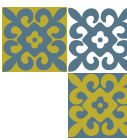
Esta sistemática, contudo, já existia na redação anterior à Reforma Trabalhista, na medida em que, por mais que o § 3º do art. 790 utilizasse a expressão declaração, a declaração gozava apenas de presunção relativa de veracidade, nada impedindo que, no caso concreto, o Magistrado entendesse que havia, nos autos, elementos que evidenciassem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, hipótese na qual, antes de indeferir o benefício, teria que intimar a parte para que esta comprovasse o preenchimento do referido pressuposto.

Como se vê, nada mudou no particular. A sistemática continua a mesma, qual seja:

a) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST) e não há, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, o Magistrado deve conceder o benefício da justiça gratuita, já que, neste caso, a declaração de pobreza, em face da presunção legal de veracidade que ostenta (art. 99, § 3º, do CPC/2015) não exige prova do estado de insuficiência econômica (art. 374, IV, do CPC/2015);

b) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), mas há (provas preexistentes ou produzidas pela parte contrária), nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (impossibilidade de arcar com as custas do processo), restará elidida a presunção de pobreza resultante da declaração juntada, cabendo ao Magistrado, neste caso, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação do preenchimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que poderá ser feito mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), comprovando, assim, que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Neste sentido, inclusive, importante destacar os enunciados 197 e 198 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT, aprovados no V FPPT, em Salvador:



197. (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; arts. 99, §3º e 374, IV, do CPC; art. 1º da Lei n. 7.115/83) Na hipótese de a parte receber salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o benefício da justiça gratuita deve ser concedido se, juntada declaração de pobreza, assinada pela parte ou por advogado com poderes específicos para tanto, não existirem, nos autos, nem forem produzidas pela parte contrária, provas capazes de elidir a presunção de veracidade da referida declaração.

198. (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; art. 99, §2º do CPC) Diante da declaração de pobreza juntada pela parte, assinada por ela própria ou por advogado com poderes específicos para tanto, ainda que haja, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, não pode o Juiz ou o Tribunal, sem antes determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos do benefício da justiça gratuita, indeferir o pedido.

5. Os efeitos da concessão da Justiça Gratuita

Para correta interpretação dos efeitos da concessão da Justiça Gratuita no Processo do Trabalho, necessário retornar no tempo, a fim de analisar como o tema era tratado e disciplinado antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.

Nesse ponto, cumpre lembrar que a CLT, há muito, ao tratar do tema, se limitava a indicar os requisitos para a sua concessão, deixando claro que o benefício era devido “(...) àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família” (art. 790, § 3º). Além das custas, o mesmo dispositivo fazia referência aos “traslados” e “instrumentos”.

Além da norma celetista, a Lei n. 5.584/70 fazia (e faz) algumas referências ao instituto, na perspectiva do seu gênero assistência judiciária gratuita, arts. 14 a 18, destacando-se a norma segundo a qual “Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador” (art. 14 da citada Lei).

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência trabalhista, talvez influenciadas pela ausência de aplicação do princípio da sucumbência recíproca no Processo do Trabalho, nas lides decorrentes da relação de emprego (art. 3º, § 3º e art. 5º da Instrução Normativa n. 27/05, TST; Súmulas n. 219 e 329, TST), nunca se preocuparam, efetivamente, com os reais efeitos da concessão da Justiça Gratuita.

Nesse ponto, cabe discutir se a concessão da Justiça Gratuita implica reconhecimento do direito da parte beneficiária de ser dispensada (definitivamente) do pagamento das despesas processuais ou implica inexigibilidade (mera isenção, temporária, de tais despesas), refletindo, assim, se, uma vez concedida a Justiça Gratuita, a parte poderá ser cobrada quanto às despesas processuais.

Nesse ponto, muito importante analisar como o tema era tratado no Processo Civil, antes mesmo do CPC/2015. A matéria era disciplinada pelo art. 12 da Lei n. 1.060/50, segundo o qual: “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

Da leitura do dispositivo em questão, concluiu-se que a Justiça Gratuita não consiste em uma dispensa (definitiva) do pagamento das despesas processuais, mas mera inexigibilidade (temporária) quanto a tais despesas, enquanto mantida a condição de insuficiência de recursos que justificou a concessão da medida. Vale dizer, uma vez alteradas as condições econômicas da parte, de modo a permitir concluir não ser mais insuficiente para arcar com despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e/ou de sua família, tais despesas podem ser integralmente exigidas, desde que isso ocorra no prazo de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão.

Desde logo, importante destacar que essa norma sempre foi aplicável ao Processo do Trabalho, ante a expressão determinação constante, até o advento do CPC/2015, do art. 2º da mencionada Lei: “Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho”.

Atualmente, com a parcial revogação da lei n. 1.060/50, trata do tema o art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, nos seguintes termos:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

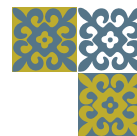
(...)

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

(...)

Como se vê, o CPC/2015, no particular, repete a disciplina da Lei n. 1.060/50, no sentido de prever a inexigibilidade das despesas processuais enquanto a parte gozar da gratuidade. A diferença consiste no fato que ele inova ao assentar que, passado os cinco (5) anos da sentença, não mais ocorre a prescrição, mas, sim, extinção da obrigação.



Nesse sentido, ainda sob a vigência do CPC/73, a seguinte decisão:

(...) concedido o benefício, fica suspensa a exigibilidade de pagamento das despesas enquanto perdurar a situação econômica que justifique o benefício legal, prescrevendo a obrigação em cinco anos (...) (STJ, REsp 977.444/RS, 2.^a T., j 19.05.2009, rel. Min. Herman Benjamin)

A doutrina especializada do Processo Civil é nesse mesmo sentido:

“(...) Mesmo tendo sido concedido o benefício da assistência judiciária, a parte continua a ser condenada a pagar as verbas de sucumbência, sendo nesse sentido o art. 98, § 2º, do Novo CPC, ao prever que a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas decorrentes de sua sucumbência. No § 3º do artigo comentado continua a regra de suspensão da exigibilidade pelo prazo de cinco anos contados do trânsito em julgado, período em que a cobrança se legitimara se o exequente demonstrar que a situação de insuficiência de recursos deixou de existir. Ao final desse prazo, a obrigação será extinta, não havendo previsão da prescrição como estava consagrada no revogado art. 12 da Lei 1.060/50.” (NEVES, 2016).

Em conclusão, percebe-se, pois, que a gratuidade da justiça não dispensa o pagamento dos honorários, mas apenas o adiantamento da despesa, e, se sucumbente, suspensão da exigibilidade das despesas processuais e honorários advocatícios.

6. A possibilidade de execução (cobrança) do beneficiário da justiça gratuita das despesas processuais

Com efeito, conforme visto anteriormente, a Justiça Gratuita, uma vez deferida, não permite concluir que a parte jamais será cobrada das despesas processuais. Apenas há uma suspensão de sua exigibilidade.

Destarte, é possível que a Justiça Gratuita deferida em determinado momento pelo Juízo não se justifique mais, tendo em vista o desaparecimento da condição de insuficiência de recurso que justificou a medida.

Assim, a principal consequência da revogação da Justiça Gratuita é a exigibilidade das despesas que a parte deixou de efetuar.

Tratam do tema, além do já mencionado art. 98, §§ 2º e 3º, os arts. 100 e 102, CPC/15:

Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido

superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso.

Parágrafo único. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei. (...)

No Processo do Trabalho, nunca se cobrou do beneficiário da Justiça Gratuita em momento posterior a sentença, mesmo se desaparecida a condição de insuficiência de recurso que justificou a medida. Nunca se aplicou o art. 12 da Lei n. 1.060/50, a despeito de, como visto, o seu art. 2º ser expresso quanto tal aplicabilidade.

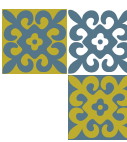
Entretanto, com o novo regime de custas, honorários periciais e honorários advocatícios, com a previsão de sucumbência recíproca, deve a doutrina revisitar o tema, a fim de fixar a correta interpretação dos dispositivos inseridos na CLT pela Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.

7. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais e a disciplina da Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista

Conforme destacado, no Processo do Trabalho, a doutrina processual trabalhista nunca se atentou para os reais efeitos da concessão da gratuidade. Sempre se confundiu a completa inexistência de responsabilidade pelas despesas processuais com a sua mera isenção/inexigibilidade temporária.

Desse modo, especificamente quanto aos honorários periciais, e por conta do disposto no art. 790-B, CLT, sempre se entendeu que, em caso de sucumbência na pretensão objeto do pedido pela parte beneficiária da Justiça Gratuita, a União era a responsável pelo pagamento (Resolução n. 66/2010, do CSJT; Súmula n. 457, TST). No Processo do Trabalho, nunca se cobrou do beneficiário da Justiça Gratuita em momento posterior a sentença, ou seja, nunca se aplicou o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Entretanto, consoante a disciplina do instituto da gratuidade, tanto na Lei n. 1.060/50, quanto no CPC/2015, o mais coerente seria entender que a parte permanece responsável pelo pagamento dos honorários periciais, sendo a responsabilidade da União temporária, de modo que seria possível executar o beneficiário, inclusive reclamante, caso desaparecida a situação de insuficiência de recursos que justificou a medida.



Na mesma linha do revogado art. 12 da Lei n. 1060/50 (matéria disciplinada no atual art. 98, § 2º, e art. 95, CPC/15), a nova redação do art. 790-B, CLT, inserida pela Lei n. 13.467/2017, deixa claro que a responsabilidade pelas despesas decorrentes da sucumbência, inclusive honorários periciais, é da parte sucumbente, ainda que beneficiária da Justiça Gratuita: “Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (...)”.

Ou seja, não há falar em substancial alteração quanto a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, no processo do trabalho, a partir da Reforma Trabalhista.

Na verdade, pela aplicação da Lei n. 1.060/50 e do CPC/15, ante o disposto no art. 769, CLT, com a regulamentação apenas parcial do instituto da Justiça Gratuita pelas normas processuais trabalhistas, o correto sempre foi a condenação da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia no pagamento de honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita, ficando suspensa, entretanto, a exigibilidade, enquanto mantida a condição de insuficiência de recursos. A União responderia, assim, num primeiro momento, sendo possível a cobrança dos valores adiantados pela União se, em até 5 anos, a contar da decisão, a parte (normalmente o reclamante) deixasse a condição de insuficiência de recursos.

Desse modo, percebe-se que a norma inserida no § 4º do art. 790-B – segundo a qual “Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, União responderá pelo encargo” –, a depender da interpretação que se faça da expressão “créditos capazes de suportar a despesa”, não conflita com o princípio constitucional de acesso à justiça e garantia da gratuidade.

É que a expressão “créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo” deve, sob pena, aí sim, de violação do direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), ser entendida como a obtenção de um crédito que permita a revogação da Justiça Gratuita, ante o desaparecimento da situação de insuficiência de recursos que, anteriormente, justificara a concessão do benefício. Não significa, portanto, uma possibilidade “meramente matemática”, ou seja, um mero acerto de contas: se o reclamante tem R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) de créditos a receber, mas deve R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) de honorários periciais, seria possível reter, dos créditos do reclamante, o valor relativo aos honorários periciais, já que R\$ 5.000,00 é maior do que R\$ 2.500,00.

A impossibilidade do mero acerto de contas decorre do fato de que a concessão e a manutenção da Justiça Gratuita não estão ligadas ao resultado do processo, mas sim à situação da parte de “insuficiência” de recursos.

Desse modo, ao fazer alusão a “créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo”, deve-se compreender que se trata, apenas, de uma das hipóteses que pode provocar a revogação da Justiça Gratuita, ante o desaparecimento da situação de insuficiência de recursos, o que poderá ocorrer também, por exemplo, se a parte for sorteada na loteria ou receber valores consideráveis provenientes de uma herança. Todas as hipóteses,

contudo, estão vinculadas a um eixo central, qual seja: desaparecimento da situação de insuficiência de recursos da pessoa que foi beneficiária dos benefícios da justiça gratuita.

Vale registrar, por fim, que, talvez para evitar que interpretações literais da norma (como aquela que permite o mero acerto de contas acima referido) provoquem a denegação de direitos fundamentais, o Procurador Geral da República – PGR ajuizou ADIN, tombada sob o número 5766, em face de algumas alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista (arts. 790-B, caput e § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º).

Segundo o PGR, a “alteração promoveu **restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária** aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho, **violando as garantias constitucionais de amplo acesso à jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados**”, além de gerar “ônus desproporcionais para que cidadãos vulneráveis e desassistidos busquem o Judiciário. Impõem a utilização de recursos obtidos em processos trabalhistas para custeio de honorários, sem considerar o possível caráter alimentar de tais valores ou a possibilidade de comprometimento de necessidades essenciais do trabalhador”. (destaques nossos)

Pretende o PGR, em sede de cautelar, a suspensão da eficácia da expressão “**desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa**”. (destaques nossos)

A referida inconstitucionalidade, conforme já dito, não existirá caso a expressão “créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo” seja entendida como a obtenção de um crédito que permita a revogação da Justiça Gratuita, ante o desaparecimento da situação de insuficiência de recursos que, anteriormente, justificara a concessão do benefício, e não um mero “acerto de contas”.

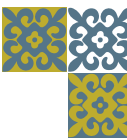
Neste sentido, inclusive, importante destacar o enunciado 200 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT, aprovado no V FPPT, em Salvador:

200. (art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e art. 790-B, caput e § 4º da CLT) É inconstitucional, por violação ao princípio do acesso à justiça, impor que a parte, beneficiária da justiça gratuita, que tenha obtido créditos em qualquer processo judicial, arque com honorários periciais, exceto se finda, comprovadamente, a condição de insuficiência econômica que justificou a concessão do benefício da justiça gratuita.

8. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios na disciplina da lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista

Sem dúvidas, o art. 791-A é uma das maiores novidades da Reforma Trabalhista, no que toca ao Direito Processual.

Na disciplina anterior à Reforma Trabalhista, sob influência na Lei n. 5.584/70, pacificou-se o entendimento no sentido de que a condenação em honorários advocatícios, em regra, no processo do trabalho, não decorria da mera sucumbência. Conforme



Súmulas n. 219 e 329, TST, na Justiça do Trabalho, em regra, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorria pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário-mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permitisse demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art.14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970).

Na sistemática da Reforma Trabalhista, contudo, os honorários advocatícios, mesmo nas lides decorrentes das relações de emprego, passam a decorrer da mera sucumbência, inclusive recíproca, prevendo o art. 791-A, caput, da CLT, que “Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”, bem como o seu § 3º que “Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”.

Registre-se que, no particular, a Reforma Trabalhista ratificou o entendimento no sentido de que os honorários constituem direito do advogado, não sendo admissível a compensação pelas partes dos respectivos valores, sendo, inclusive, de natureza alimentar (art. 85, § 14, CPC/15 e Súmula Vinculante n. 47, STF):

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

(...)

Súmula Vinculante 47

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

No que tange à responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento dos honorários advocatícios, como visto anteriormente, a concessão de gratuidade **não afasta a responsabilidade** do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, § 2º, CPC/15), apenas suspende sua exigibilidade. Consoante o § 3º do art. 98, CPC/15:

Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas

se, nos **5 (cinco) anos** subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, **o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade**, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (destaques nossos)

Em sentido semelhante, a nova disciplina do tema pela CLT, consoante alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista (art. 791-A, §4º, da CLT):

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

Assim como foi destacado quando da análise dos efeitos da concessão da Justiça Gratuita quanto ao pagamento dos honorários periciais, quanto aos honorários advocatícios, necessário que se compreenda a referida norma pela adequada interpretação da expressão “créditos capazes de suportar a despesa”, devendo esta expressão ser entendida como crédito capaz de retirar a parte (beneficiária da Justiça gratuita) da condição de insuficiência de recursos.

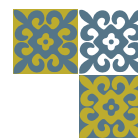
Não se trata, pois, de uma capacidade apenas “matemática” de suportar a despesa, ou seja, não se trata de dizer que o mero fato de a parte, beneficiária da justiça gratuita, ter recebido, no processo trabalhista ou em qualquer outro processo judicial um crédito superior ao valor do seu débito de honorários permite, por si só, que se cobre dela o valor relativo aos honorários advocatícios, mediante retenção deste valor devido a título de honorários do valor do seu crédito obtido no processo.

Assim, tal qual deve ocorrer com relação aos honorários periciais, para que se torne exigível a cobrança dos honorários advocatícios da parte beneficiária da justiça gratuita, não basta que seja feita um mero acerto de contas, não basta que seja feita uma mera capacidade matemática.

Fundamental, pois, para tanto, que o recebimento do crédito, pela parte beneficiária do benefício da justiça gratuita, seja suficiente para retirar a parte (beneficiária da Justiça gratuita) da condição de insuficiência de recursos, ou seja, um crédito capaz de retirar-lhe da condição de insuficiência econômica que justificou a concessão do benefício: capacidade efetiva, portanto, de suportar a despesa.

Neste sentido, inclusive, importante destacar o enunciado 201 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT, aprovado no V FPPT, em Salvador:

201. (art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e art. 791-A, § 4º da CLT) É inconstitu-



cional, por violação ao princípio do acesso à justiça, impor que a parte, beneficiária da justiça gratuita, que tenha obtido créditos em qualquer processo judicial, arque com honorários advocatícios, exceto se finda, comprovadamente, a condição de insuficiência econômica que justificou a concessão do benefício da justiça gratuita.

A diferença da disciplina da CLT em relação ao CPC/2015, neste particular, pois, se refere apenas ao prazo que antecede a extinção da obrigação, já que a CLT prevê que ele será de dois anos, ao passo que o CPC/2015, como visto, fala em cinco anos.

Afastada, portanto, a ideia de que seja possível promover um “encontro de contas” de modo a retirar do crédito devido ao reclamante (se beneficiário da gratuidade) os valores devidos a títulos de honorários ao advogado da parte contrária. A interpretação da possibilidade do mero acerto de contas, conforme também ocorre com os honorários periciais, viola o direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), bem como esvazia, por completo, o direito à gratuidade de justiça (art. 5º, LXXIV, da CRFB/88), sendo, pois, inconstitucional.

Ademais, importante que se diga que a retenção decorrente da interpretação do mero acerto de contas (capacidade matemática) também violaria um dispositivo trazido pela própria Reforma Trabalhista, qual seja: o art. 878 da CLT, que passou a vedar, salvo na hipótese de *jus postulandi* da parte, o início, de ofício pelo Magistrado, da execução.

Isso porque, se o Magistrado entender ser possível reter, do crédito que o reclamante tem a receber, o valor dos honorários advocatícios devidos ao advogado da parte contrária, estará o Magistrado, de ofício, executando o referido crédito do advogado da parte contrária, violando, assim, o art. 878 da CLT.

Neste sentido, inclusive, importante destacar o enunciado 202 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT, aprovado no V FPPT, em Salvador:

202. (arts. 791-A, §4º e 878, da CLT) O §4º do art. 791-A da CLT não permite a retenção, pelo Juiz, do valor devido ao advogado da parte contrária, já que se trataria, neste caso, de execução de ofício, vedada pelo art. 878 da CLT.

Portanto, a sistemática da exigibilidade da cobrança de honorários advocatícios exige uma execução autônoma (leia-se, nos mesmos autos do processo, porém iniciada pelo próprio advogado), com respeito ao contraditório da parte que fora beneficiada com a gratuidade de justiça (arts. 10 e 99, § 2º, do CPC/2015), de modo que reste comprovado que o crédito (seja ele decorrente de processo judicial, de loteria, de herança ou de qualquer outra via lícita) recebido (efetivamente recebido) pela parte foi suficiente para retirar-lhe da condição de insuficiência econômica que justificou a concessão do benefício da justiça gratuita.

Assim, para que a parte, beneficiária da justiça gratuita, venha a ser responsabilizada pelo pagamento dos honorários advocatícios, necessário será: primeiro, que o credor (advogado da parte contrária) demonstre que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, seja pela obtenção, em juízo, ainda que em outro processo, de créditos capazes de suportar a despesa, seja pelo recebimento de herança, prêmio de loteria ou qualquer outro fato suficiente, em qualquer caso, para retirar a parte beneficiária da Justiça gratuita da condição de insuficiência de recursos e; segundo, que, diante desta demonstração, o Juiz, respeitado o contraditório (arts. 10 e 99, § 2º, do CPC/2015), revogue a decisão que concedeu à parte os benefícios da justiça gratuita, para, somente a partir daí, se dentro dos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, ser possível, efetivamente, cobrar da parte, antes beneficiária da justiça gratuita, os valores relativos às obrigações decorrentes de sua sucumbência.

Neste sentido, inclusive, importante destacar o enunciado 205 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT, aprovado no V FPPT, em Salvador:

205. (arts. 790-B, caput, e 791-A, § 4º, da CLT) A revogação do benefício da justiça gratuita, necessária para viabilizar a execução dos honorários periciais ou advocatícios em face do beneficiário da justiça gratuita, somente pode ocorrer na fase de execução, quando do efetivo pagamento do crédito, que retire a sua condição de insuficiência econômica.

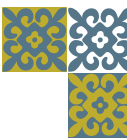
Também nesse ponto, e certamente com o mesmo propósito, o PGR ajuizou ADIN, já citada, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, com a suspensão da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”.

A referida inconstitucionalidade, conforme já dito, não existirá caso a expressão “créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo” seja entendida como a obtenção de um crédito que permita a revogação da Justiça Gratuita, ante o desaparecimento da situação de insuficiência de recursos que, anteriormente, justificara a concessão do benefício, e não um mero “acerto de contas”.

9. Conclusões

Na linha do quanto exposto, possível concluir que:

- a) a alteração da redação do § 3º do art. 790 da CLT, substituindo o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo pelo critério de recebimento de salário igual ou inferior a 40% do teto do INSS, ampliou o acesso à justiça, na medida em que passou a permitir ao Juiz, a requerimento ou de ofício, a concessão do benefício da justiça gratuita a quem receba salário, considerando os valores do ano de 2018, entre R\$ 1.909,00 a 2.258,32, o que não seria possível caso mantido o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo;
- b) a alteração da redação do § 3º do art. 790 da CLT e inclusão, neste artigo, do § 4º, consagrou a impossibilidade de concessão, de ofício, do benefício da justiça gratuita àqueles



que recebam salário superior a 40% do teto do INSS, já que a possibilidade de concessão, de ofício, da justiça gratuita, está prevista apenas no § 3º do art. 790 da CLT, que, após a Reforma Trabalhista, passou a contemplar apenas uma hipótese de concessão do benefício: receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

c) a substituição da expressão “declarar” pela expressão “comprovar”, para fins de concessão do benefício da justiça gratuita, não teve o condão de promover qualquer alteração na sistemática processual até então vigente, de modo que a sistemática continua a mesma, qual seja: c.1) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST) e não há, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, o Magistrado deve conceder o benefício da justiça gratuita, já que, neste caso, a declaração de pobreza, em face da presunção legal de veracidade que ostenta (art. 99, § 3º, do CPC/2015) não exige prova do estado de insuficiência econômica (art. 374, IV, do CPC/2015); c.2) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), mas há (provas preexistentes ou produzidas pela parte contrária), nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (impossibilidade de arcar com as custas do processo), restará elidida a presunção de pobreza resultante da declaração juntada, cabendo ao Magistrado, neste caso, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação do preenchimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que poderá ser feito mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), comprovando, assim, que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

d) a Justiça Gratuita não consiste em uma dispensa (definitiva) do pagamento das despesas processuais, mas mera inexigibilidade (temporária) quanto a tais despesas, enquanto mantida a condição de insuficiência de recursos que justificou a concessão da medida. Vale dizer, uma vez alteradas as condições econômicas da parte, de modo a permitir concluir não ser mais insuficiente para arcar com despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e/ou de sua família, tais despesas podem ser integralmente exigidas, desde que isso ocorra no prazo de cinco anos (no caso do processo comum, sendo o prazo de dois anos, no caso do processo do trabalho), a contar do trânsito em julgado da decisão, respeitado o contraditório;

e) a gratuidade de justiça não dispensa o pagamento, mas apenas o adiantamento da despesa, e, se sucumbente, suspende a exigibilidade das despesas processuais e honorários advocatícios;

f) o mero fato de a parte, beneficiária da justiça gratuita, ter recebido, no processo trabalhista ou em qualquer outro processo judicial, um crédito superior ao valor do seu débito de honorários, não permite, por si só, que se cobre dela o valor relativo aos honorários advocatícios, mediante retenção deste valor devido a título de honorários do valor do seu crédito obtido no processo. Não se trata, pois, de mero acerto de contas, de mera “capaci-

dade matemática” de suportar a despesa. Fundamental, pois, para tanto, que o recebimento do crédito, pela parte beneficiária do benefício da justiça gratuita, seja suficiente para retirar a parte (beneficiária da Justiça gratuita) da condição de insuficiência de recursos;

g) para que a parte, beneficiária da justiça gratuita, venha a ser responsabilizada pelo pagamento dos honorários advocatícios, necessário será: primeiro, que o credor (advogado da parte contrária) demonstre que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, seja pela obtenção, em juízo, ainda que em outro processo, de créditos capazes de suportar a despesa, seja pelo recebimento de herança, prêmio de loteria ou qualquer outro fato suficiente, em qualquer caso, para retirar a parte beneficiária da Justiça gratuita da condição de insuficiência de recursos e; segundo, que, diante desta demonstração, o Juiz, respeitado o contraditório (arts. 10 e 99, § 2º, do CPC/2015), revogue a decisão que concedeu à parte os benefícios da justiça gratuita, para, somente a partir daí, se dentro dos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, ser possível, efetivamente, cobrar da parte, antes beneficiária da justiça gratuita, os valores relativos às obrigações decorrentes de sua sucumbência.

10. Referências

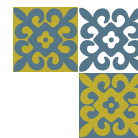
CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

Leite, Carlos Henrique Bezerra, Curso de direito processual do trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. – São Paulo : Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual e direito processual civil. Volume único. 8. ed – Salvador, JusPodivm, 2016.

Schiavi, Mauro, Manual de direito processual do trabalho / Mauro Schiavi. — 10. ed. de acordo com Novo CPC. — São Paulo : LTr, 2016.



Supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT

Enoque Ribeiro dos Santos¹

1. Introdução

O presente escrito tem por finalidade debater alguns aspectos relevantes da Lei n. 13.467/2017 pertinentes a um dos eixos centrais da reforma trabalhista no Brasil – a supremacia do negociado em face da legislação do trabalho e a percepção doutrinária que a CLT passou a apresentar, com mais força, uma natureza bifronte (ou bidimensional), ora refletindo o Direito Individual, ora espelhando o Direito Coletivo do Trabalho, como demonstraremos nas próximas linhas.

Como já tinha ocorrido com o microsistema trabalhista na Constituição Federal de 1988, os legisladores brasileiros foram buscar inspiração no Direito do Trabalho Português, especialmente na recente Reforma Trabalhista Portuguesa e as respectivas alterações promovidas no Código do Trabalho Português, em 2003 e, posteriormente, em 2009, replicando no Brasil virtualmente a maioria dos institutos implementados naquele país-irmão, inclusive a adoção da dupla exegese em relação à CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Negociação coletiva como um dos eixos substanciais da Lei n. 13.467/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017

Consoante o art. 2º da Convenção n. 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a convenção coletiva do trabalho como o processo que compreende todas as negociações que tenham lugar entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, de uma parte, e uma ou várias organizações de trabalhadores, de outra parte, com o escopo de: a) fixar as condições de trabalho e emprego ou; b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores ou; c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou; d) alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

A negociação coletiva de trabalho pode ser conceituada como um processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e deveres, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes às relações entre trabalho e capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da USP – SP. Desembargador do Trabalho do TRT da 1ª Região – Rio de Janeiro. Mestre (UNESP), Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP.

Podemos sintetizar o conceito de negociação coletiva de trabalho: processo dialético por meio do qual os seres coletivos (sindicatos e empresas) discutem uma pauta de reivindicações, devidamente homologada pela Assembleia Geral respectiva, no sentido de estabelecer novas condições de trabalho e de remuneração para as respectivas categorias.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho em vários de seus dispositivos, reconhecendo-a como direito dos trabalhadores (arts. 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI). Antes de sua previsão na Constituição Federal de 1988, a negociação coletiva de trabalho foi instituída pelo Decreto n. 21.761, de 23 de agosto de 1932, sendo posteriormente disciplinada no Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939, que também regulamentou a Justiça do Trabalho e, finalmente, encontrou previsão na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, que a regulou de modo mais amplo em seus artigos de 611 a 625.

A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), revista pela Medida Provisória n. 808, de 14/11/2017, adotou a supremacia dos acordos e convenções coletivas sobre as regras estabelecidas na CLT, com exceção de algumas matérias elencadas nos dispositivos do art. 611-B da novel legislação, que funcionará como uma cláusula de contenção ou de barreira à ampla liberdade contratual in pejus na autonomia coletiva.

O teor do art. 611-A da CLT, foi alterado pela Medida Provisória n. 808, de 14/11/2017, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

.....

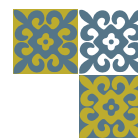
XII – enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

.....

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.”

A modificação introduzida no art. 611-A da CLT, que buscou dar maior efetividade aos incisos III² e IV do caput do art. 8º, da CF/88, revogou o inciso XIII do caput desse

² III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.



artigo, que tratava da “prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do trabalho”, e deu nova redação ao inciso XII. In verbis:

“XII – enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”.

O parágrafo 5º do art. 611-A da nova CLT, também foi alterado pela Medida Provisória n. 808/2017, passando a ter a seguinte redação:

“§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.”

Para se adequar à prática do cotidiano, o parágrafo acima mencionado veda a apreciação por ação individual de lide que tenha por objeto a anulação de cláusulas de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

No entanto, é notório que o Ministério Público do Trabalho, que detém legitimidade para ajuizar ações de nulidade de cláusulas de acordos ou de convenções coletivas, de acordo com o art. 83, IV, da LC n. 75/93, bem como de ações moleculares, invariavelmente notifica os sindicatos interessados para que participem como litisconsortes necessários, ou mesmo como assistentes em tais ações.

Neste panorama, entendemos que não andou bem o legislador, na Medida Provisória n. 808/2017, ao tentar barrar o acesso ao Judiciário de empresas, como se extrai da parte final do parágrafo 5º, supramencionado.

Isto porque é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que o empregador, caso se sinta prejudicado por cláusula de acordo ou convenção coletiva, também possui legitimidade para ajuizar reclamatória individual na Justiça do Trabalho que tenha por objeto a nulidade ou anulação de cláusula de instrumento normativo, não podendo ser obstaculizado em seu livre acesso ao Judiciário por lei de regência, sob pena de se afrontar o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º., XXXVI, da CF/88).

Note-se que, neste caso, o provimento jurisdicional, se procedente, fará coisa julgada *inter partes, pro et contra*, não apresentando qualquer extensão em seus efeitos, enquanto a coisa julgada na ação de nulidade promovida pelo Ministério Público ou pelo sindicato, em caso de procedência, produzirá coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, consoante art. 103, da Lei n. 8078/90.

Importante destacar que, para ser autêntica e legítima, a negociação coletiva de trabalho pressupõe a igualdade como um de seus princípios fundamentais, pois mitiga a desigualdade das partes e a relação de poder entre capital e trabalho inerente ao contrato individual, para dar lugar ao negociado entre dois seres coletivos, os sindicatos de trabalhadores e empregadores ou o sindicato de trabalhadores e empresa, cuja natureza jurídica passa-se a analisar no tópico seguinte.

3. Inovações da Medida Provisória n. 808/2017

A Medida Provisória n. 808, de 14/11/2017 também apresentou inovações em relação à necessidade de negociação coletiva de trabalho, assim como de seus instrumentos normativos (acordo e convenção coletiva), como podemos verificar pelos dispositivos abaixo:

No art. 457 da CLT, foram incluídos vários parágrafos sobre a gorjeta, entre eles:

“(…)

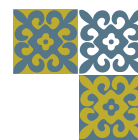
§ 12. A gorjeta a que se refere o § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo os critérios de custeio e de rateio definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 13. Se inexistir previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos § 14 e § 15 serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma estabelecida no art.612.

§ 14. As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão: I – quando inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até vinte por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II – quando não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até trinta e três por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; e

III – anotar na CTPS e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta.



§ 15. A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros estabelecidos no § 14.

§ 16. As empresas anotarão na CTPS de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses.

§ 17. Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, a qual terá como base a média dos últimos doze meses, sem prejuízo do estabelecido em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 18. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim”.

Os parágrafos acima tratam da gorjeta e sua regulamentação por meio da negociação coletiva de trabalho, enquanto o art. 510-E, também incluído pela Medida Provisória n. 808/2017 trata da garantia aos sindicatos como titulares da negociação coletiva, conforme estipula o art. 8º, VI³, da CF/88.

Eis a redação do novel artigo:

“Art. 510-E. A comissão de representantes dos empregados não substituirá a função do sindicato de defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, hipótese em que será obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos do incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição.”

Além disso, a Medida Provisória n. 808/2017 revogou os seguintes dispositivos da Lei n. 13.467/2017:

Art. 3º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943:

I - os incisos I, II e III do caput do art. 394-A;

II - os § 4º, § 5º e § 8º do art. 452-A; e

III - o inciso XIII do caput do art. 611-A.

³ VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

4. Inversão das fontes normativas do Direito do Trabalho face à Lei n.13.467/2017. A natureza bifronte ou bidimensional da CLT

Podemos dizer que, diante da Lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) e da Medida Provisória n. 808, de 14/11/2017, e em face da inversão da hierarquia das normas trabalhistas, em que o negociado terá supremacia sobre a legislação do trabalho, e da criação da figura do empregado hipersuficiente, a aplicação das normas trabalhistas, a CLT, passou a ter uma natureza bifronte (ou bidimensional), parafraseando João Leal Amado⁴, diante das alterações no Código de Trabalho Português em 2009, que assinalou que aquele instrumento jurídico passou a ser como a divindade romana Juno, que possui duas caras, ou seja, uma direcionada para o Direito Individual e outra para a autonomia da negociação coletiva.

Em outras palavras, a CLT poderá ser interpretada a partir de duas lentes jurídicas: uma lente para o direito individual e outra para o direito coletivo do trabalho.

Como disposto no quadro sintético abaixo, após o advento da Lei n. 13.467/2017, para o direito individual do trabalho, no que respeita ao contrato individual de trabalho entre empregado e empregador, as normas da CLT apresentam-se como normas de imperatividade relativa e absoluta, devendo ser cumpridas em sua integralidade. Já para o direito coletivo do trabalho, estabelecido por meio da negociação coletiva e seus instrumentos jurídicos, as normas da CLT passam a ter a natureza dispositiva, supletiva, ou facultativa, podendo ser livremente afastadas *in pejus* pela negociação coletiva de trabalho.

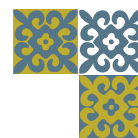
Ocorre, então, neste momento, uma acentuada diferenciação entre o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho, já que ambos apresentam regras, princípios e até instituições próprias. O contrato individual de trabalho, com exceção do contrato do empregado hipersuficiente (com curso superior completo e com remuneração igual ou superior a duas vezes o teto da Previdência Social), permanece sob a regência da CLT, considerada como norma de imperatividade relativa ou absoluta.

Esta mudança radical advém da segunda natureza jurídica da CLT, imposta pela supremacia do negociado sobre o legislado. A mesma CLT que é norma imperativa para o contrato individual de trabalho, no entanto, transmuta-se em norma dispositiva, supletiva, facultativa, livremente afastável, até mesmo *in pejus* pela autonomia coletiva.

Como dito, a exceção fica por conta do contrato individual do empregado hipersuficiente (parágrafo único do art. 444 da CLT), que possui curso superior completo e percebe remuneração superior a duas vezes o teto máximo da Previdência Social, cujo contrato possui eficácia e supremacia inclusive sobre os acordos e convenções coletivas.

Apresentamos abaixo um quadro sintético que facilita a compreensão da dupla dimensão em que passa, doravante, a ser aplicada a CLT em nosso ordenamento jurídico

⁴ AMADO, João Leal. Os Desafios da Negociação Coletiva: Negociado x Legislado. Palestra proferida no 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho “Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho. Homenagem ao Acadêmico Arnaldo Süsskind”, em 25/02/2014.



pelos operadores jurídicos, após a Lei n. 13.467/2017, da mesma forma que é aplicado o Código Português, de 2009, em Portugal, que serviu de inspiração ao legislador brasileiro:

Brasil/Portugal

Normas trabalhistas bidimensionais	Normas Trabalhistas bidimensionais
Contrato Individual de Trabalho	Contrato Individual de Trabalho
Normas de imperatividade relativa e absoluta (inderrogáveis). Art. 3, letra 3	Normas de imperatividade relativa e absoluta (inderrogáveis) Art. 611-B
Todos os trabalhadores débeis ou hipossuficientes	Todos os trabalhadores hipossuficientes
Marco Regulatório	Marco Regulatório
	Trabalhadores com diploma superior e com remuneração acima de 2x teto INSS
Normas convenio-dispositivas, facultativas ou colectivo-dispositivas (livre negociação). Normas facultativas. Art. 3, letra 3 C.T.	Normas convenio-dispositivas ou colectivo-dispositivas (livre negociação). ART. 611-A CLT.
Direito Coletivo do Trabalho	Direito Coletivo do Trabalho e Empregados Hipersuficientes.
Convenção Coletiva de Trabalho	Acordos ou Convenções Coletivas de Trabalho.

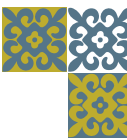
O Direito do Trabalho, dessa forma, despe-se de sua roupagem tutelar, protetiva e garantista, recuando de sua missão secular de definir e regular as condições de trabalho e passando esse bastão à autonomia privada coletiva, surgindo, daí, um novo Direito do Trabalho, menos garantístico, mais neutro, mais brando, mais temperado e muito mais transacional.

A bandeira da negociação coletiva de trabalho que era empunhada especialmente pelos trabalhadores para agregar novos direitos à classe trabalhadora, agora passa a ser utilizada como instrumento de adequação da lei às circunstâncias e conveniências, também, do empregador.

Neste particular, o art. 611-A⁵ da CLT apresenta um rol de direitos que podem ser livremente negociados, enquanto o art. 611-B⁶, funciona como uma cláusula de barreira ou de contenção, elegendo os direitos do núcleo duro constitucional que não podem ser objetos de transação, *in pejus*.

⁵ Art. 611-A, em sua nova redação dada pela Medida Provisória n. 808/2017: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I- pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II- banco de horas anual; III- intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV- adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei 13.189, de 19 de novembro de 2015; V- plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI- regulamento empresarial; VII- representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII- teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX- remuneração por produtividade, incluídas gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X- modalidade de registro de jornada de trabalho; XI- troca do dia de feriado; XII- enquadramento do grau de insalubridade (revogado pela Medida Provisória n. 808/2017). Nova redação do XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XIII- prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (revogado pela Medida Provisória n. 808/2017); XIV- prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV- participação nos lucros ou resultados da empresa.

⁶ Art. 611-B Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I- normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II- seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III- valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV- salário mínimo; V- valor nominal do décimo terceiro salário; VI- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII- proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII- salário- família; IX- repouso semanal remunerado; X- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI- número de dias de férias devidas ao empregado; XII- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII- licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV- licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI- aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII- normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII- adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX- aposentadoria; XX- seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador; XXI- ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos; XXIV- medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV- igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI- liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX- tributos e outros créditos de terceiros; XXX- as disposições previstas nos arts. 373- A, 390, 392, 392- A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.



Podemos constatar uma incompatibilidade do parágrafo único deste artigo ao estabelecer que regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo (art. 611-B), enquanto o inciso XII do art. 611-A, alterado pela Medida Provisória n. 808/2017, preconiza a proteção integral das normas relacionadas à saúde, segurança e medicina do trabalho, bem como às normas reguladoras do Ministério do Trabalho.

A Reforma Trabalhista da Lei n. 13.467/2017 legitimou uma maior amplitude na liberdade de contratação ao empregador, na seara do Direito Individual, permitindo que o empregador contrate empregados por hora, por dia, por semana (trabalho intermitente), por mês, por experiência, por tempo parcial, a prazo, por tempo indeterminado e à distância (teletrabalho), enquanto, ao mesmo tempo, poderá dispensar empregados, individualmente, de forma plúrima ou até mesmo coletivamente, sem qualquer intervenção sindical.

5. Correntes doutrinárias sobre a supremacia do negociado sobre o legislado

Temos três correntes sobre a tese da supremacia da negociação coletiva sobre a legislação do trabalho, que passamos a expor:

A primeira corrente, defendida pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros (Jorge Luiz Souto Maior, Marcus Orione e Ronaldo Lima dos Santos, entre outros) preconiza a tese do princípio do *favor laboratoris*, da aplicação do tratamento mais favorável ao trabalhador, sob a alegação de que os direitos trabalhistas estão elencados no art. 7º da Constituição Federal de 1988, constituindo-se direitos humanos fundamentais, sob o predomínio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e não podem ser dispostos *in pejus*, nem de forma individual, nem pela autonomia coletiva. Daí, para esta corrente a negociação coletiva não tem autorização para afastar direitos trabalhistas *in pejus* livremente.

A segunda corrente sinaliza que nas economias mais avançadas, no Direito moderno, há uma nítida separação entre o direito individual e o direito coletivo, e normas individuais e normas coletivas, apresentando um direito mais flexível, menos rígido, com prevalência da autonomia privada coletiva e a vontade do grupo sobre a vontade individual. Neste escopo, se nem a lei se incorpora ao patrimônio individual, já que pode ser revogada ao longo do tempo, o mesmo sucede com a norma coletiva, e o direito adquirido só se concretiza no plano individual e não no coletivo.

Para esta corrente, a negociação coletiva deve ter flexibilidade suficiente para mudar condições contratuais ou até mesmo para derrogar cláusulas, como no direito moderno alemão, já que vantagens coletivamente obtidas que resultam em benefícios individuais não afastam a natureza jurídica da norma produzida de forma coletiva e autônoma, com duração predeterminada, pois a norma coletiva sempre continua a ser norma coletiva.

Renato Rua de Almeida⁷, um dos defensores desta corrente, lembra que no direito francês não há a incorporação definitiva da norma coletiva ao contrato individual, salvo,

⁷ ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito,

excepcionalmente, em caso de vantagem adquirida pelo empregado na esfera individual, não dependente de evento futuro e incerto. Em outras palavras, vantagens dependentes de eventos futuros e incertos não se incorporam ao contrato individual de trabalho na França, considerando que adquiridos são os direitos cujo implemento de condição se dá no período de vigência da norma coletiva, os quais efetivamente se incorporam ao patrimônio do empregado.

Luiz Carlos Amorim Robortella⁸, outro defensor desta corrente, e também da que não admite a aplicação da Teoria da Ultratividade no direito brasileiro, afirma que a atual redação da Súmula n. 277 do TST trata-se de um retrocesso ao direito do trabalho. Assevera, ainda, que se até mesmo a norma legal é aplicável aos contratos individuais durante sua vigência, sendo revogada a norma, não há incorporação, a não ser que a incorporação da norma coletiva aos contratos individuais esteja condicionada à vontade expressa das partes, no instrumento respectivo.

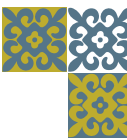
Para este autor “(...) É cada vez mais importante a participação sindical nos mecanismos de regulação do mercado de trabalho. A negociação coletiva integra hoje o mais moderno repertório de técnicas de gestão de recursos humanos e administração empresarial. Assume caráter estratégico, implicando avanços e recuos, conforme as exigências da conjuntura econômica e social. Há muito tempo os órgãos internacionais, dentre eles a OIT, reconhecem a importância política e econômica da negociação coletiva, como se vê na Declaração da Filadélfia e nas Convenções ns. 98 e 154, “(...) quando se trata de substituir uma convenção coletiva por outra, admite a doutrina a modificação *in pejus*, com supressão ou modificação de determinados benefícios, desde que seja a expressão da vontade do grupo. Não se pode argumentar com a desigualdade das partes ou dificuldades de fazer atuar a vontade individual do trabalhador quando a alteração se faz mediante negociação coletiva, onde é garantida a igualdade das partes. Os acordos coletivos efetivamente não têm a vocação de eternidade. Por outro lado, as vantagens coletivamente obtidas, ainda que resultando em benefícios individuais, não perdem sua natureza de normas produzidas de forma coletiva e autônoma, com duração predeterminada. Não há como garantir direitos, mesmo que projetados em relações individuais, quando não mais correspondem à vontade do grupo. (...) O sindicato não deve atuar apenas no conflito, mas também em parceria com o capital, conforme as circunstâncias.”⁹

A terceira corrente apresenta uma proposta intermediária, ou seja, nem um extremo, nem outro. Em outros dizeres, não se pode quebrar a espinha dorsal e aniquilar a alma do Direito do Trabalho e seu guarda-chuva protetor, rígido, hermético, nem se pode neutralizar totalmente essa proteção, de forma que a legislação trabalhista seja livremente afastada *in pejus* pela negociação coletiva de trabalho. Para esta corrente, em um ou outro caso, em uma ou outra matéria, pode ocorrer a negociação coletiva *in pejus*, mas somente a título de exceção, jamais como regra.

eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. São Paulo: Ltr, 60-12/1604, Dez, 1996.

⁸ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reforma do direito coletivo. Prevalência do negociado sobre o legislado. Juslaboris.tst.jus.br. Revista eletrônica do TRT da 9ª. Região. Curitiba, PR, v. 6, n. 58, mar/abril.2017. Consulta em 17/11/2017, p. 58.

⁹ Idem, ibidem, p. 58.



Se a própria CF/88 admite a flexibilização do Direito do Trabalho em alguns direitos dos trabalhadores, sem colidir com o núcleo duro constitucional, então pode haver um meio termo.

Esta corrente admite que cláusulas que se repetem a cada ano na negociação coletiva sejam incorporadas aos contratos individuais de trabalho, se o instrumento normativo expressamente assim o declarar, e cláusulas inovadoras, que a cada ano se alteram, sujeitas à condição, e que se modificam de acordo com as condições voláteis de mercado (evento futuro e incerto) não devem ser incorporadas ao contrato individual de trabalho.

Acredito que esta corrente é a que melhor que se compatibiliza com o atual momento do Direito do Trabalho no Brasil em face da grande volatilidade do mercado em geral (mercado de bens e serviços, de capitais e de mão de obra), extremamente oscilante, para dar segurança jurídica e previsibilidade às partes convenientes.

6. Os limites constitucionais e infraconstitucionais da negociação coletiva de trabalho

Como regra, as condições mínimas de trabalho previstas na Constituição da República Federativa do Brasil são inderrogáveis pela vontade das partes, mesmo na esfera da autonomia privada coletiva. Assim, o primeiro limite constitucional à negociação coletiva de trabalho é o art. 7º da CRFB, que dispõe sobre os direitos mínimos dos trabalhadores em geral.

Vige aqui a teoria da pirâmide invertida, em que as normas constitucionais, que constituem o ápice das normas de um Estado Democrático de Direito e são dotadas de supremacia em relação às demais, em sede de direito do trabalho, representam o núcleo essencial desse ramo jurídico, o seu verdadeiro DNA, fulcrado no princípio protetor e sua tríplice vertente, ou, dito de outra forma, seu patamar civilizatório mínimo, ao lado da meta constitucional estabelecida no *caput* do art. 7º da Constituição Brasileira, no sentido de que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros, a melhoria de sua condição social. De outro lado, o art. 3º, III, da *Lex Mater* estabelece que são objetivos da nossa República erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, além da busca pelo pleno emprego, prevista no artigo 170 de nossa Constituição.

Entretanto, ao se permitir a flexibilização das condições de trabalho no art. 7º, incisos VI (“irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”), XIII (“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”) e XIV (“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”) da Constituição do Brasil, abriu-se exceção ao precitado patamar civilizatório mínimo.

Na primeira hipótese, o constituinte aludiu à convenção e ao acordo coletivo; na segunda, a acordo ou convenção coletiva e, na terceira, à negociação coletiva. Contudo,

como a convenção e o acordo coletivo representam instrumentos da negociação coletiva, é possível afirmar, como regra, que a flexibilização decorre da negociação coletiva e se exterioriza, ganhando contornos jurídicos ou se instrumentalizando, por meio de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Não obstante, a nova Lei n. 13.467/2017 apresenta vários artigos que flexibilizam sobremaneira os direitos trabalhistas, cujo ponto culminante é a disposição sobre a supremacia dos acordos e convenções coletivas sobre a legislação estabelecida na CLT, além de tentar estabelecer limites à criação legiferante do Colendo Tribunal Superior do Trabalho ou sua atuação como legislador positivo na interpretação da legislação, por meio de suas orientações jurisprudenciais e súmulas, mesmo que sejam no “vazio da lei”, ao dispor no art. 8º, parágrafos 2º e 3º, como segue:

§ 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.

Creemos que inúmeras orientações jurisprudenciais e súmulas do TST serão revistas e adaptadas à nova Lei n. 13.467/2017, porquanto há vários entendimentos que, inclusive, limitam direitos e interesses dos trabalhadores.

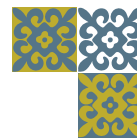
§ 3º. No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (NR) “Art. 104/CC. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

A nova Lei n. 13.467/2017, em relação à jornada de trabalho estabelece:

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 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.

Como já mencionamos, a escala de 12 x 36 (12 horas de trabalho por 36 horas de descanso), na verdade, refere-se a um regime especial de trabalho, diverso do apresentado no texto constitucional de 8 horas diárias, com possibilidade de 2 horas extras diárias,



na medida em que o limite semanal de 44 horas não é ultrapassado e, segundo julgamento no Pretório Excelso, não restou provado, por meio de pareceres de médicos peritos, que a adoção desse modalidade de trabalho prejudique a saúde do trabalhador.

O STF já se manifestou em relação à constitucionalidade de tal regime laboral, em voto condutor da lavra do Ministro Luis Fux¹⁰ (Informativo n. 839 do STF) mencionado nesta obra.

Nesse sentido, a Medida Provisória n. 808, de 14/11/2014 alterou o art. 59-A da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 e em leis específicas, é facultado às partes, por meio de 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.

§ 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput abrange os pagamentos devidos pelo descanso 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.

§ 2º É facultado às entidades atuantes no setor de saúde estabelecer, por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.”

Convém observar que houve uma modificação substancial do art. 59-A, da CLT, que trata da jornada 12 x 36 horas, que doravante não mais poderá ser adotada por simples acordo individual, mas demandará a necessidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme jurisprudência pacífica do Colendo TST – Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 444¹¹ do TST).

¹⁰ Segundo o Informativo n. 839 do STF, temos uma síntese do julgamento: “(...) É constitucional o art. 5º da Lei 11.901/2009 (“A jornada do Bombeiro Civil é de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, num total de 36 (trinta e seis) horas semanais”). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta que questionava o referido dispositivo. Segundo o Tribunal, a norma impugnada não viola o art. 7º, XIII, da CF/1988 (...). A jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso encontra respaldo na faculdade conferida pelo legislador constituinte para as hipóteses de compensação de horário. Embora não exista previsão de reserva legal expressa no referido preceito, há a possibilidade de negociação coletiva. Isso permite inferir que a exceção estabelecida na legislação questionada garante aos bombeiros civis, em proporção razoável, descanso de 36 horas para cada 12 horas trabalhadas, bem como jornada semanal de trabalho não superior a 36 horas. Da mesma forma, não haveria ofensa ao art. 196 da CF/1988. A jornada de trabalho que ultrapassa a 8ª hora diária pode ser compensada com 36 horas de descanso e o limite de 36 horas semanais. Ademais, não houve comprovação, com dados técnicos e periciais consistentes, de que essa jornada causasse danos à saúde do trabalhador, o que afasta a suposta afronta ao art. 7º, XXII, da CF/1988.”

¹¹ Nº 444 – JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista

Desta forma, com a mencionada Medida Provisória n. 808/2017, somente ao setor de saúde ficou permitida a celebração de acordo individual pelas entidades ali atuantes com os respectivos trabalhadores, em face das peculiaridades próprias daquela atividade econômica. Nada obsta, por outro lado, que os acordos e convenções coletivas de trabalho venham a ser celebrados pelos sindicatos e/ou empresas, no sentido de regular esta importante matéria.

O parágrafo único do art. 60 da CLT, abaixo mencionado, também foi inscrito pela Lei n. 13.467/2017, como dispõe:

“Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim. *Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso*”

A novel legislação afasta a necessidade de licença prévia para as jornadas de trabalho mencionadas, que poderão ser exercidas por servidores públicos, consoante a Lei 11.901/2009.

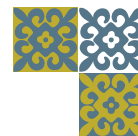
No entanto, a Medida Provisória n. 808/2014, revogou o inciso XIII do art. 611-B, concebido como uma cláusula de contenção ou de barreira à ilimitada liberdade de negociação coletiva, *in pejus*, e alterou o inciso XII para fazer constar:

“XII – enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”;

Acrescentou ainda:

“§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva

em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.



que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.”

Outra limitação à negociação coletiva de trabalho é a proveniente do art. 624 da CLT, que condiciona a possibilidade de cláusula de aumento ou reajuste salarial, que implique elevação de tarifas ou de preços sujeitos à fixação por autoridade pública ou repartição governamental, à prévia e expressa autorização da autoridade pública no tocante à possibilidade de elevação da tarifa ou do preço e quanto ao valor dessa elevação. Neste sentido é a Súmula n. 375¹² do TST.

No mais, a questão que costuma dividir opiniões dos doutrinadores é se a flexibilização prevista em nossa Lei Maior está restrita às questões salariais (art. 7º, inciso VI) e da jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV), ou se pode atingir outros direitos trabalhistas.

7. Um dos eixos da Lei n. 13.467/2017: A supremacia do negociado em face da legislação do trabalho

Um dos principais vetores da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017, complementada pela Medida Provisória n. 808/2017) recaiu sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, aumentando sobremaneira o papel e a missão das organizações sindicais, no cenário nacional, em um momento de fragilidade sindical, imposto pelo afastamento da contribuição sindical obrigatória.

Desta forma, em um contexto de pluralismo jurídico, o Estado, antes considerado o único produtor de normas jurídicas, na visão kelseniana, neste novo cenário da pós-modernidade e do neoprocessualismo, permite e legitima várias outras fontes de posituação das normas jurídicas, em um contexto de hierarquia das fontes normativas, na qual as normas constitucionais ocupam o vértice normativo máximo, irradiando, influenciando e servindo de luz às demais normas do ordenamento jurídico.

Nesta hierarquia das fontes normativas, encontramos as normas coletivas que fluem do negociado (negociação coletiva de trabalho frutífera ou bem-sucedida), que são instrumentalizadas por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, exigindo-se, em ambos os casos, a presença do sindicato profissional (ou dos trabalhadores).

Em outras palavras, o acordo coletivo de trabalho possui um âmbito de incidência menor, pois envolve o diálogo social entre o sindicato obreiro e uma ou mais empresas, estabelecendo cláusulas normativas que serão inseridas nos contratos de trabalho de todos os trabalhadores da(s) empresa(s), independentemente de filiação sindical dos empregados ou dos empregadores.

¹² n° 375 – Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Prevalência da legislação de política salarial. (conversão da orientação jurisprudencial n° 69 da sdi-1 e da orientação jurisprudencial n° 40 da sdi-2)

Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial.

Já a convenção coletiva de trabalho envolve dois ou mais sindicatos de trabalhadores (profissional) e dois ou mais sindicatos da categoria econômica (patronal), estabelecendo normas e condições de trabalho, que envolverão todos os trabalhadores das respectivas categorias, também independentemente de filiação sindical, cujas normas serão inseridas nos respectivos contratos individuais de trabalho, de forma *erga omnes e ultra partes*.

O negociado sobre o legislado, de acordo com a Lei n. 13.467/2017, teve por escopo ajustar as peculiaridades de cada segmento empresarial em relação aos custos de produção, da mão de obra, de gerenciamento de recursos humanos, em face da concorrência, da globalização e da própria internacionalização das empresas, que são as verdadeiras criadoras de postos de trabalho.

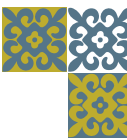
No Brasil, segundo o IBGE, 98% das empresas são micro, pequenas e médias empresas, com menos de dez empregados, ao passo que apenas 10.800 empresas empregam mais de mil empregados, em um mercado de trabalho de 107 milhões de pessoas. Deste total, cerca de 40 milhões de trabalhadores encontram-se no mercado informal ou clandestino (sem CTPS assinada, trabalhando por conta própria, fazendo “bicos” e etc), 50 milhões estão no mercado formal e o restante (cerca de 15%) trabalham para o Estado (Administração pública direta e indireta – Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas).

45

Temos três grandes mercados: o de capital, de bens de consumo e serviços e de mão de obra. Apenas este último não se encontra hodiernamente globalizado, em face das migrações dos refugiados (Haiti, Venezuela, Síria, Iraque e países africanos), pois inúmeros países da Europa impuseram restrições à entrada de imigrantes em seu território. A própria EU (União Europeia) editou normativa no sentido de que haja uma partilha deste suposto “sacrifício”, se é que assim podemos dizer, no acolhimento de refugiados, proporcionalmente, de acordo com a capacidade de cada país-membro. Desta forma, o princípio da livre circulação de trabalhadores, que já se constituiu em uma bandeira da União Europeia, foi deixado em segundo plano, em decorrência da xenofobia e do nacionalismo de alguns destes países, aliada à saída do Reino Unido da União Europeia, fenômeno conhecido como Brexit.

Nesse contexto nacional e internacional, de economia volátil e instável, seguindo a crise de 2008 nos Estados Unidos (crise do mercado imobiliário, ou seja, a propalada bolha imobiliária), que se estendeu à Europa – atingindo vários bancos internacionais e levando ao fechamento de alguns deles, com o crescimento das taxas de desemprego, impactando visceralmente o capitalismo e estremecendo suas bases, o que levou o Estado a socorrer os principais bancos comerciais de seus países por meio dos Bancos Centrais – o foco empresarial passou a ser a redução de custos e sua manutenção no mercado, afetando, como corolário, o mercado de trabalho.

Foi justamente neste ambiente político que os Estados, especialmente os países-membros da União Europeia, firmaram fileira com o segmento empresarial, aliando-se às organizações sindicais patronais nacionais e internacionais no sentido de retirar do Estado o monopólio de criação de normas trabalhistas, transferindo-as para as próprias partes interessadas por meio da autonomia privada coletiva e do diálogo social.



Este fenômeno político e jurídico ocorreu em alguns países da União Europeia, nos países escandinavos, com o princípio da flexisegurança, na França, na Espanha, na Grécia e em Portugal, que passaram a adotar a supremacia do negociado em face do legislado.

O próprio STF, quando instado, deu guarida ao negociado sobre o legislado, no tema n. 152 da Tabela de Repercussão Geral (renúncia genérica a direitos mediante adesão a plano de demissão voluntária), como se depreende do acórdão abaixo:

“DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano.

2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.

5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.

6. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.” (RE. 590415, rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal, Pleno, j. 30-4-2015, Dje divulg. 28-5-2015, public. 29-5-2015)”.

Desta decisão paradigmática do STF, podemos inferir:

- a) O STF considerou faculdade do empregado optar ou não pelo Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo, que contou com ampla participação dos empregados.
- b) O STF, neste caso concreto, entende pela validade da quitação ampla, deixando claro a não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.
- c) O STF se posiciona no sentido de que no âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites da autonomia individual. Em outras palavras, não se aplica no Direito Coletivo do Trabalho o princípio protetor e sua tríplice vertente, na medida em que os sindicatos profissionais negociam em igualdade de condições com os sindicatos patronais.
- d) O STF reconhece que a Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.
- e) E, por fim, o STF firmou jurisprudência no sentido de que os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.

Desta forma, levando-se em consideração a necessidade de impor limites legais à negociação coletiva de trabalho, o legislador houve por bem discriminar, no art. 611-A da CLT, as matérias nas quais a negociação coletiva será permitida, e, no art. 611-B da CLT, as matérias em que é proibido o livre exercício transacional.

É de se destacar que a autorização legislativa para a supremacia do negociado sobre o legislado repousa no livre exercício do princípio da autonomia privada coletiva, fenômeno que não se verificará na hipótese de a negociação coletiva de trabalho ser infrutífera, o que poderá desaguar no dissídio coletivo de trabalho.

É que neste caso deverá ser aplicado o parágrafo 2º do art. 114 da CF/88:

“2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza



econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004)”.

A indagação que devemos fazer neste momento é se, a partir da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), a Justiça do Trabalho, ao ser acionada por uma ação de dissídio coletivo, de natureza econômica, no exercício do poder normativo, deverá respeitar as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho bem como as cláusulas de convenções e acordos coletivos anteriores.

Entendemos que a resposta é afirmativa, na medida em que, pelo princípio da hierarquia das normas, uma lei federal não tem o condão de afastar a lei suprema, consubstanciada na CF/1988.

Neste tópico, concordamos com o pensamento de Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, para os quais:

“Ao julgar um dissídio coletivo com norma precedente com conteúdo flexibilizante, a Justiça do Trabalho está adiante da cumulação de circunstâncias excepcionais: a prevalência do negociado sobre o legislado e o exercício do poder normativo. Deste modo, a compreensão do parágrafo 2º do art. 114 da CF/88 aponta para uma cumulação de condições para o legítimo e regular exercício do poder normativo, ou seja, ao mesmo tempo, a Justiça do Trabalho deve respeitar as regras mínimas de proteção legal ao trabalhador e as convencionadas anteriormente, por isso, as cláusulas precedentes só deverão ser replicadas na sentença normativa proferida no julgamento do dissídio coletivo de natureza econômica se o conteúdo destas respeitar as condições mínimas legais de proteção do trabalho. Como se vê, cuida-se da exegese que busca dialogar com o vetor que impulsiona a contínua melhoria da condição social da classe trabalhadora (art. 7º, caput, CF) de modo a se resguardar, nesta excepcional hipótese, e por meio de interpretação sistemática-constitucional, senão o avanço, pelo menos a manutenção estrita do patamar civilizatório mínimo consagrado em lei¹³”.

E ainda acrescentam aqueles doutrinadores:

“É verdade que, durante a tramitação do dissídio coletivo, nada obsta que os suscitantes e suscitados promovam acordo parcial para manter cláusulas de conteúdo redutor das garantias legais dos trabalhadores, bem como cláusulas que impliquem benefícios não previstos em lei para os trabalhadores. Porém, indo a questão a julgamento, a Justiça do Trabalho não estará autorizada

¹³ SOUSA JÚNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney e AZEVEDO, Platon Teixeira de. Reforma Trabalhista. Análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Editora Rideel, 2017, p. 277.

a exercer o seu poder normativo de modo a reduzir ou suprimir direitos trabalhistas legalmente estabelecidos, ainda que a condição tenha sido convencionalizada anteriormente¹⁴”.

8. Conclusão

Não resta dúvida que um dos eixos fundamentais da Lei n. 13.467/2017, complementada pela Medida Provisória n. 808/17 foi a valorização do Direito Coletivo do Trabalho e da negociação coletiva de trabalho, cujos instrumentos jurídicos passaram a ter supremacia sobre a legislação trabalhista.

Tendo havido a inversão das fontes normativas do Direito do Trabalho, a CLT passou a ter natureza bifronte ou bidimensional, ou seja, duas caras, uma para o contrato individual do trabalho, instituto do Direito Individual do Trabalho e outra para a negociação coletiva de trabalho, instituto do Direito Coletivo do Trabalho.

Desta forma, quando analisada sobre o prisma do Direito Individual do Trabalho, mais especificamente o contrato individual do trabalho, as normas dispostas na CLT se apresentam como normas de imperatividade relativa ou absoluta, cogentes, enquanto que quando cotejadas com os instrumentos da negociação coletiva de trabalho, a mesma CLT já possui outra feição: transmuda-se em norma dispositiva, supletiva, facultativa, livremente afastável *in pejus*, pelo princípio da autonomia privada coletiva, na ótica da supremacia do negociado sobre a legislação do trabalho.

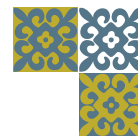
Eis o enorme desafio que se afigura para os sindicatos profissionais e mesmo para o Ministério Público do Trabalho, bem como à Justiça Trabalhista, no sentido de preservar e mesmo reconstituir os direitos dos trabalhadores, evitando uma maior desvalorização do trabalho, seguindo a tendência moderna já inaugurada por Portugal, recentemente, que, com o advento do novo Governo Federal, em 2015, inaugurou uma política da recuperação e de reconstituição de aspectos essenciais da relação salarial, afastando a teoria da austeridade que conduziu o país a um maior empobrecimento.

O homem deve aprender com os exemplos bem-sucedidos da história, embora saibamos que raramente o faz.

Se nossos legisladores, influenciados pela reforma trabalhista portuguesa, com fulcro na teoria da austeridade, a replicaram no Brasil, que agora se sabe provou ter sido um fracasso naquele país, resultando na perda de cérebros, de riqueza, com a emigração de milhões de portugueses diante da precarização laboral, da degradação geral da relação salarial e a desvalorização do trabalho e, uma vez constatado o erro, rapidamente promoveram uma espécie de *turning point*, retomando o foco na centralidade da valorização do trabalho e da reconstituição do Estado, porquanto, nas palavras de José Reis¹⁵, **“é pelo trabalho e pelo emprego que se estabelecem os mecanismos essenciais de inclusão, por isso, é no sistema produtivo que está sempre a chave do problema”**.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 277.

¹⁵ REIS, José. A economia portuguesa. Formas de economia política numa periferia persistente (1960-2017). Almedina, 2018.



Diante desse quadro econômico mundial instável e levando-se em conta as recentes histórias de países afetados pela crise que estão conseguindo se recuperar, seria mais inteligente de nossa parte reavaliar a situação brasileira e seguirmos, uma vez mais, os passos de nossos irmãos lusitanos.

9. Referências

ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. São Paulo: Ltr, 60-12/1604, Dez, 1996.

AMADO, João Leal. Contrato de trabalho. 3ª. ed. Coimbra Editora.

_____. Os Desafios da Negociação Coletiva: Negociado x Legislado. Palestra proferida no 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho “Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho. Homenagem ao Acadêmico Arnaldo Süssekind”, em 25/02/2014.

MANNRICH, Nelson. A administração pública do trabalho em face da autonomia privada coletiva. In: MALLET, Estêvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coords.). Direito e processo do trabalho: estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTr, 1996.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Processo coletivo do trabalho. 2ª. ed. Totalmente atualizada. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2018.

_____. Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado. 3ª. ed. Totalmente atualizada. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

SOUSA JÚNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney e AZEVEDO, Platon Teixeira de. Reforma Trabalhista. Análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Editora Rideel, 2017,

REIS, José. A economia portuguesa. Formas de economia política numa periferia persistente (1960-2017). Almedina, 2018.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reforma do direito coletivo. Prevalência do negociado sobre o legislado. Juslaboris.tst.jus.br. Revista eletrônica do TRT da 9ª. Região. Curitiba, PR, v. 6, n. 58, mar/abril.2017. Consulta em 17/11/2017.

O que mudou (se é que mudou) na sistemática da concessão do benefício da justiça gratuita com a Reforma Trabalhista

Fabiano Aragão Veiga¹

Resumo: A sistemática da concessão do benefício da justiça gratuita foi um dos diversos pontos objeto de alteração pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), o que vem provocando muitas reflexões sobre as consequências práticas das mudanças promovidas no texto da Lei. A análise do tema provoca, além de uma leitura à luz do direito fundamental de acesso à justiça, uma leitura holística do direito processual do trabalho, a partir de elementos do processo comum, de modo a não se esvaziar, por completo, o instituto da justiça gratuita no processo trabalhista.

Palavras-chave: declaração – justiça gratuita – mudança – reforma trabalhista – comprovação.

Sumário: 1. Introdução. 2. O significado contemporâneo de acesso à justiça. 2.1 A evolução do significado do acesso à justiça. 2.2 A primeira onda do movimento de acesso à justiça. 3. Assistência Judiciária Gratuita e Justiça Gratuita. 3.1 A assistência judiciária gratuita. 3.2 O benefício da justiça gratuita. 4. Hipóteses de concessão do benefício da justiça gratuita. 4.1 A realidade antes da Lei n. 13.467/2017. 4.2 A realidade após a Lei n. 13.467/2017. 5. Conclusão. 6. Referências.

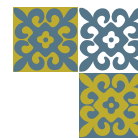
1. Introdução

A CRFB/88 prevê uma série de direitos e garantias fundamentais, inclusive de natureza processual. Entre eles, com íntima relação com o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), o direito à assistência judiciária gratuita, conforme previsto no art. 5º, LXXIV, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Desse modo, as normas infraconstitucionais que tratam do tema devem ser interpretadas à luz da CRFB/88 (interpretação conforme a Constituição), tendo sempre em vista a necessidade de promover a efetivação de direitos fundamentais, ante a ocorrência do fenômeno denominado “neoconstitucionalismo”.

Além disso, importante destacar que a assistência judiciária gratuita, expressamente prevista no texto constitucional, é gênero, consistindo no direito da parte de ter um

¹ Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Ex-Técnico Previdenciário do Instituto Nacional do Seguro Social. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional da 5ª Região. Ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Especialista em Direito e Processo do trabalho pelo Instituto Excelência (Juspodivm). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Judicial do TRT da 5ª Região (convênio com a Universidade Federal da Bahia). Bacharel em Direito (UFBA). Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito. Professor de Cursos Preparatórios Para Concursos Públicos. Autor de Obras Jurídicas.



advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais, abrangendo, portanto, a ideia de justiça gratuita.

2. O significado contemporâneo de acesso à justiça

O direito fundamental de acesso à justiça, consagrado pela CRFB/88 no inciso XXXV do art. 5º, além de revelar, internamente, um dos direitos fundamentais garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, revela um estágio de amadurecimento de uma sociedade e o seu grau de democracia.

Isto porque, em uma perspectiva democrática de Estado, a sociedade necessita de instrumentos efetivamente capazes para que todo e qualquer cidadão, caso sofra alguma lesão (ou ameaça) em seu direito, possa, concretamente, recorrer ao Poder Judiciário, não somente batendo à sua porta, mas sobretudo valendo-se dos princípios do Juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88).

Para tanto, torna-se imprescindível que o Estado, em sentido amplo, elimine barreiras, muitas vezes intransponíveis, ao acesso à justiça, de modo que o Poder Judiciário seja, de forma efetiva, acessível a todo e qualquer cidadão:

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 7)

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 8)

Neste sentido, há – o que é uma realidade inexorável nos sistemas capitalistas de produção – uma desigualdade social que faz com que, conforme dados estatísticos divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o rendimento médio real domiciliar per capita seja de R\$ 1.157,07, sendo que metade dos brasileiros possuem renda menor que um salário-mínimo.²

Estes dados objetivos, números contra os quais não há discussão, revelam não somente a concentração de renda que marca as sociedades capitalistas, como o caso brasileiro

² Segundo dados levantados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua), em 2017, no país, o rendimento médio real domiciliar per capita foi R\$ 1.157,07, sendo que, no Estado de menor renda per capita mensal, Maranhão, encontra-se o valor de R\$ 597,00, e no Distrito Federal, local de maior renda per capita mensal, encontra-se o valor de R\$ 2.548,00. (ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2017.pdf)

onde, em 2016, 1% dos trabalhadores com os maiores rendimentos recebia por mês, em média, R\$ 27.085,00 – o equivalente a 36,3 vezes mais do que a metade da população com os menores rendimentos, que ganhava, em média, R\$ 747, revelando, também, que, para os fins legais (o tema será explorado mais a frente), a sociedade brasileira é economicamente pobre, havendo, portanto, uma barreira verdadeiramente intransponível ao acesso à justiça: as despesas do processo.

2.1 A evolução do significado do acesso à justiça

Nos Estados tipicamente liberais, marcados por direitos tipicamente individuais, o processo e o procedimento estavam voltados para os litígios destes direitos, reinando o formalismo processual.

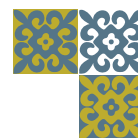
Nestes modelos de Estado, este simplesmente assegurava o direito de acesso à justiça, mantendo-se passivo, evitando tão somente que esse direito fosse infringido/violado por outrem, de modo que o Estado não se preocupava com a incapacidade de algumas pessoas de, na prática, exercerem o direito de acesso à justiça, revelando uma realidade na qual a Justiça só era possível para aqueles que pudessem enfrentar seus custos: era um acesso simplesmente formal ao direito de acesso à justiça:

Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 9)

A segunda dimensão dos direitos fundamentais marca, por sua vez, a outorga pelo Estado de direitos sociais, cuja satisfação dependia de uma atuação positiva do Estado, momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo e a noção de acesso à justiça revelava um “sistema jurídico moderno e igualitário que pretendia garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 11)

O acesso à justiça pode, portanto, se encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 12)



Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 12)

Na atualidade, seja a partir da noção dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88, já citados, seja a partir das normas fundamentais do processo trazidas pela Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015), necessário, portanto, que se conceba exatamente um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

2.2 A primeira onda do movimento de acesso à justiça

Para se conceber um sistema jurídico moderno e igualitário que consiga, efetivamente, garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos, é imprescindível que se eliminem as barreiras intransponíveis ao acesso à justiça, a começar pelos custos do processo. A solução para o obstáculo dos custos processuais é a concessão de Assistência Judiciária Gratuita aos necessitados – A “primeira onda” do movimento de acesso efetivo à justiça (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, p. 31).

Não se está falando de algo novo, percebe-se. Está-se, aqui, apenas lembrando em que contexto surgiram os institutos da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita, para que não se perca, jamais, o seu sentido primordial, qual seja: materializar um sistema jurídico igualitário que consiga, efetivamente, garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

3. Assistência judiciária gratuita e justiça gratuita

3.1 A assistência judiciária gratuita

Apesar de próximos, os institutos da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita se diferenciam enquanto, respectivamente, gênero e espécie.

Assim é que a assistência judiciária gratuita revela o direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais, consagrado no art. 5º, LXXIV, da CRFB/88: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

No Brasil, em geral, a assistência judiciária gratuita é prestada pela Defensoria Pública, ou por quem exerça cargo equivalente, sendo que, se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais ou Subseções Municipais (arts. 1º e 5º, § 2º e §5º, da Lei n. 1.060/50).

No âmbito da Justiça do Trabalho, por sua vez, a Assistência Judiciária Gratuita é disciplinada pela Lei n. 5.584 de 1970, que em seu artigo 14 diz que “Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”, deixando, portanto, a responsabilidade pela concessão de defensor para representar, em Juízo, o trabalhador necessitado.

Supletivamente, a obrigatoriedade de concessão de assistência judiciária gratuita, na Justiça do Trabalho, deve ser concedida pelo Estado, através de Promotores ou Defensores Públicos, conforme art. 17 da Lei n. 5.584 de 1970: “Quando, nas respectivas comarcas, não houver Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da categoria profissional do trabalhador, é atribuído aos Promotores Públicos ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência judiciária prevista nesta lei”.

3.2 O benefício da justiça gratuita

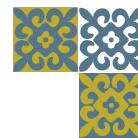
O instituto da justiça gratuita ou da gratuidade da justiça, por sua vez, é uma espécie do gênero assistência judiciária gratuita, garantindo ao cidadão, na forma do art. 98, §1º, do CPC/2015³, a isenção das seguintes despesas processuais: I – as taxas ou as custas judiciais; II – os selos postais; III – as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV – a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V – as despesas com a realização de exame de código genético – DNA e de outros exames considerados essenciais; VI – os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII – o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX – os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido”.

Registre-se, entretanto, desde já, que, como será melhor analisado adiante, a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, § 2º, CPC/15).

Importante destacar, ainda, que, conforme art. 98, § 4º, do CPC/2015, “A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas”, revelando, assim, que eventual multa por litigância de má-fé não é isentada ao beneficiário da justiça gratuita.

Por fim, vale destacar que, quanto ao inciso VIII do art. 98, §1º, do CPC/2015 (regra que, anteriormente, havia sido inserida pela Lei Complementar n. 132/2009 no art. 3º, VII, da Lei n. 1.060/50), o entendimento até então predominante no âmbito do Tribunal

³ Importante destacar que o art. 1.072, III, do CPC/2015 revogou os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 que, até então, regulava o tema.



Superior do Trabalho era no sentido de que a isenção dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório não abrangia o depósito recursal previsto no art. 899 da CLT e no art. 40 da Lei n. 8.177/91.

O entendimento do TST partia da natureza jurídica do depósito recursal que, conforme item I da IN 3/1993 do TST, possui natureza jurídica de garantia do juízo recursal e não de taxa de recurso.

Neste particular, contudo, a Lei n. 13.467/2017, alterando a sistemática até então vigente, incluiu o § 10 do art. 899 da CLT, passando a prever, de forma expressa, que “**São isentos do depósito recursal** os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial” (grifamos).

Trata-se de alteração que, na linha substancial do acesso à justiça, visa permitir que aquele que não tenha condições de arcar com as despesas processuais – lembrando que, no caso da Pessoa Jurídica, é imprescindível que esta demonstre, de forma inequívoca, sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais (Súmula n.481 do STJ e item II da Súmula n. 463 do TST) – possa interpor um recurso, exercendo, assim, seu direito fundamental ao acesso à justiça.

4. Hipóteses de concessão do benefício da justiça gratuita

4.1 A realidade antes da Lei n. 13.467/2017

Até o advento da Lei n. 13.467/2017, a concessão do benefício da justiça gratuita, no processo do trabalho, estava prevista apenas no § 3º do art. 790, da CLT, que contemplava duas hipóteses de concessão, a requerimento ou de ofício, do referido benefício: a) receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou; b) declarar, sob as penas da lei, que não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

A primeira hipótese (receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal) contemplava uma presunção legal de veracidade do estado de pobreza, baseada em um critério objetivo: recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal.

A segunda hipótese, por sua vez, estava relacionada àqueles que, a despeito de receberem salário superior ao dobro do mínimo legal (afinal, se recebessem salário até o dobro do mínimo legal, estariam contemplados na primeira hipótese), declarassem, sob as penas da lei, que não possuíam condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Importante destacar, neste particular, que no âmbito da Justiça do Trabalho sempre se entendeu, tanto por força do art. 1º da Lei n. 7.115/83, quanto por força, depois, do art. 99, § 3º, do CPC/2015, que quando firmada por pessoa natural a declaração de pobreza era presumidamente verdadeira, de modo que bastava que a parte juntasse declaração de

pobreza, cabendo à parte contrária, se fosse o caso, produzir provas capazes de infirmar a referida declaração.⁴

4.2 A realidade após a Lei n. 13.467/2017

A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), alterando a sistemática para a concessão do benefício da justiça gratuita até então existente na CLT, conferiu nova redação ao § 3º do art. 790 e incluiu, neste mesmo artigo, o § 4º.

No que tange ao § 3º, passou a prever que “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Neste particular, a alteração promovida pela Reforma Trabalhista ampliou o acesso à justiça, na medida em que, alterando a hipótese que contempla uma presunção legal de veracidade do estado de pobreza, substituiu o critério até então vigente (recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, o que, considerando os valores atuais, significaria receber salário igual ou inferior a R\$ 1.908,00) pelo critério de recebimento de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁵, o que, considerando os valores atuais, significa receber salário igual ou inferior a R\$ 2.258,32).

Assim, como dito, ampliou-se o acesso à justiça, na medida em que passou a permitir ao Juiz, a requerimento ou de ofício, a concessão do benefício da justiça gratuita a quem receba salário entre R\$ 1.908,01 a 2.258,32, o que não seria possível caso mantido o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário-mínimo.

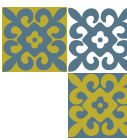
Já com relação ao § 4º do art. 790, a Reforma Trabalhista – diante da redação deste novo dispositivo – vem despertando diversas reflexões.

Isto porque, pela redação anterior (do § 3º do art. 790), a segunda hipótese de concessão do benefício da justiça gratuita estava relacionada ao fato de que a parte, a despeito de receber salário superior ao dobro do mínimo legal, declarasse, sob as penas da lei, que não possuía condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Pois bem. Com a redação do § 4º do art. 790 da CLT, possível identificar, na prática, uma ou duas mudanças substanciais. A primeira está relacionada, agora, à impossibili-

⁴ Não por outra razão, o TST, após a entrada em vigor do CPC/2015, cancelou a OJ n. 331 da SDI-1, que dizia que “Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita” e, em seguida, editou a Súmula n. 463, dizendo que: “I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo”.

⁵ Para o ano de 2018, o valor máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é de R\$ 5.645,80.



dade de concessão, de ofício, do benefício da justiça gratuita àqueles que recebam salário superior a 40% do teto do INSS, já que a possibilidade de concessão, de ofício, da justiça gratuita, está prevista apenas no § 3º do art. 790 da CLT, que, após a Reforma Trabalhista, passou a contemplar apenas uma hipótese de concessão do benefício: receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Assim, diante do novo artigo 790 da CLT, na hipótese de a parte receber salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, a concessão do benefício da justiça gratuita está condicionada ao seu requerimento, sendo vedada, portanto, a sua concessão de ofício pelo Magistrado.

A outra conclusão que se pode extrair da alteração promovida pela Reforma Trabalhista está diretamente relacionada à substituição da expressão “declarar” pela expressão “comprovar”, de modo que é possível entender que, a partir da Reforma Trabalhista, não basta que a parte que receba salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social declare, sob as penas da lei, que não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, sendo imprescindível, portanto, que a parte requerente comprove, mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Tratar-se-ia, contudo, de interpretação distante da CRFB/88 (art. 5º, XXXV) e isolada, na medida em que o regramento da concessão do benefício da justiça gratuita encontra-se previsto em outras normas do sistema jurídico, o que impõe, assim, uma interpretação sistemática do novo dispositivo da CLT.

Desta maneira, ao interpretar o § 4º do art. 790 da CLT (o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo) é possível, sem maiores esforços interpretativos, concluir que, em verdade – exceto quanto à impossibilidade de, neste caso, o Magistrado conceder de ofício o benefício – nada mudou!

Isto porque na hipótese de a parte receber salário superior ao equivalente a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, caso a parte junte aos autos declaração pessoal de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), esta declaração não dependerá de qualquer outra prova.

A conclusão acima decorre do fato de que, nos termos do art. 99, §3º, do CPC/2015 e do art. 1º da Lei n. 7.115/83 (aplicáveis ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC/2015), a declaração pessoal de pobreza goza de presunção legal de veracidade, presunção esta que, diante da ausência de provas em sentido contrário, prevalece, afinal, nos termos do art. 374, IV, do CPC/2015, não dependem de prova os fatos

em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, o que é o caso, como visto, da declaração de pobreza.

Assim, se a parte, a despeito de receber salário superior ao equivalente a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, juntar aos autos declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), caberá (continuará cabendo, na verdade, já que, antes da Reforma Trabalhista, era exatamente isto o que ocorria) à parte contrária produzir provas capazes de infirmar a referida declaração de pobreza.

Foi justamente nesse sentido o entendimento consagrado pelo Desembargador Edilton Meireles, quando da decisão monocrática proferida nos autos do AIRO 0000242-76.2017.5.05.0493:

Diga-se, ainda, que o § 4º do art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17, não alterou esse panorama ao exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos.

Isso porque, no caso, em aplicação supletiva do CPC/15, tem-se como prova da insuficiência do recurso a mera declaração da pessoa natural.

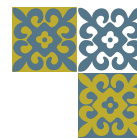
Não fosse isso, esse dispositivo do CPC segue a linha do disposto na Lei nº 7.115/83, que, em seu art. 1º, estabelece que a própria declaração do interessado é suficiente para “fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes”.

Assim, ainda que por aplicação do disposto na Lei nº 7.115/83, mais especial que a CLT em relação ao tema, deve-se ter como comprovado o estado de pobreza do Autor.

Tal entendimento é corroborado pela norma presente no art. 99, § 2º, da CLT, segundo a qual “o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade” e, ainda assim, deverá, antes do indeferimento, “determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”.

Nada impede, por exemplo, que a parte contrária, com base nos próprios recibos de pagamento da parte autora, alegue (e eleja os referidos documentos como prova para tanto) que a renda mensal da parte autora (já comprovada nos autos e, neste caso, necessariamente superior a 40% do teto do INSS) comprova sua possibilidade de arcar com as custas do processo e elida a presunção de veracidade da declaração de pobreza juntada aos autos.

Neste caso, caberá ao Magistrado, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação (agora sim é necessário falar em comprovação, já que o Magistrado, diante da alegação da parte contrária, concluiu haver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade) do preen-



chimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Esta sistemática, contudo, já existia na redação anterior à Reforma Trabalhista, na medida em que, por mais que o § 3º do art. 790 utilizasse a expressão declaração, a declaração gozava apenas de presunção relativa de veracidade, nada impedindo que no caso concreto o Magistrado entendesse que havia, nos autos, elementos que evidenciassem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, hipótese na qual, antes de indeferir o benefício, teria que intimar a parte para que esta comprovasse o preenchimento do referido pressuposto.

Como se vê, nada mudou no particular. A sistemática continua a mesma, qual seja:

a) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST) e não há, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, o Magistrado deve conceder o benefício da justiça gratuita, já que neste caso a declaração de pobreza, em face da presunção legal de veracidade que ostenta (art. 99, § 3º, do CPC/2015), não exige prova do estado de insuficiência econômica (art. 374, IV, do CPC/2015);

b) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), mas há (provas preexistentes ou produzidas pela parte contrária) nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (impossibilidade de arcar com as custas do processo), restará elidida a presunção de pobreza resultante da declaração juntada, cabendo ao Magistrado, neste caso, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação do preenchimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que poderá ser feito mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), comprovando, assim, que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Neste sentido, inclusive, importante destacar os enunciados 197 e 198 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT, aprovados no V FPPT, em Salvador:

197. (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; arts. 99, §3º e 374, IV, do CPC; art. 1º da Lei n. 7.115/83) Na hipótese de a parte receber salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o benefício da justiça gratuita deve ser concedido se, juntada declaração de pobreza, assinada pela parte ou por advogado com poderes específicos para tanto, não existirem, nos autos, nem forem produzidas pela parte contrária, provas capazes de elidir a presunção de veracidade da referida declaração.

198. (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; art. 99, §2º do CPC) Diante da declaração de pobreza juntada pela parte, assinada por ela própria ou por advogado com poderes específicos para tanto, ainda que haja, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, não pode o Juiz ou o Tribunal, sem antes determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos do benefício da justiça gratuita, indeferir o pedido.

5. Conclusões

As reflexões e provocações trazidas ao longo do presente artigo permitem que se conclua que a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), ao alterar o § 3º do art. 790 da CLT e incluir o § 4º neste dispositivo, provocou as seguintes alterações:

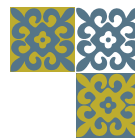
a) ao alterar a redação do § 3º do art. 790 da CLT, substituindo o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário-mínimo pelo critério de recebimento de salário igual ou inferior a 40% do teto do INSS, ampliou o acesso à justiça, na medida em que passou a permitir ao Juiz, a requerimento ou de ofício, a concessão do benefício da justiça gratuita a quem receba salário, considerando os valores do ano de 2018, entre R\$ 1.909,00 a 2.258,32, o que não seria possível caso mantido o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário-mínimo;

b) ao alterar a redação do § 3º do art. 790 da CLT e incluir, neste artigo, o § 4º, consagrou a impossibilidade de concessão, de ofício, do benefício da justiça gratuita àqueles que recebam salário superior a 40% do teto do INSS, já que a possibilidade de concessão, de ofício, da justiça gratuita, está prevista apenas no § 3º do art. 790 da CLT, que, após a Reforma Trabalhista, passou a contemplar apenas uma hipótese de concessão do benefício: receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Contudo, a substituição da expressão “declarar” pela expressão “comprovar”, para fins de concessão do benefício da justiça gratuita, não teve o condão de promover qualquer alteração na sistemática processual até então vigente, de modo que a sistemática continua a mesma, qual seja:

a) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST) e não há, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, o Magistrado deve conceder o benefício da justiça gratuita, já que, neste caso, a declaração de pobreza, em face da presunção legal de veracidade que ostenta (art. 99, § 3º, do CPC/2015), não exige prova do estado de insuficiência econômica (art. 374, IV, do CPC/2015);

b) se a parte recebe salário superior a 40% do teto do INSS, junta declaração de pobreza (assinada pela própria parte ou assinada por advogado com poderes específicos para esse fim — art. 105 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do TST), mas há (provas preexistentes ou produzidas pela parte contrária), nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (impossibilidade de arcar com as



custas do processo), restará elidida a presunção de pobreza resultante da declaração juntada, cabendo ao Magistrado, neste caso, antes de indeferir o benefício da justiça gratuita, determinar à parte a comprovação do preenchimento do referido pressuposto, qual seja: não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que poderá ser feito mediante documentos que comprovem seus gastos mensais (comprometimento dos seus rendimentos), comprovando, assim, que, mesmo recebendo salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

6. Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. – São Paulo : Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual e direito processual civil. Volume único. 8. ed – Salvador, JusPodivm, 2016.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho / Mauro Schiavi. — 10. ed. de acordo com Novo CPC. — São Paulo : LTr, 2016.

A desistência da ação no processo do trabalho

Geovane de Assis Batista¹

Resumo: O presente artigo tem por objeto o instituto da desistência no processo trabalhista — mais precisamente, a expressão “oferecida a contestação” residente no § 3º, do art. 841, da Consolidação das Leis do Trabalho de 2017. Objetiva demonstrar que o legislador consolidado, ao assegurar seu exercício ao reclamante e subordiná-lo ao consentimento do reclamado toda vez que a contestação seja oferecida, impôs elastério hermenêutico ofensivo à liberdade volitiva e executiva de desistência da reclamação, sem, contudo, se dar conta da objeção jurídica radicada na processualística trabalhista e, sobremaneira, na natureza dos atos processuais a ela implicados.

Palavras-chave: Processo do trabalho. Desistência da ação. Natureza jurídica. Liberdade. J.-J. Rousseau.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Vontade e ação. 2.2. Do direito de ação. 2.3. Do direito à desistência da ação. 2.4. A desistência da ação no processo civil. 2.5. A desistência da ação no processo do trabalho. 2.5.1. O oferecimento da defesa: uma problemática. 2.5.2. A natureza jurídica dos atos processuais implicados com a desistência da ação: um contraponto ontológico. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

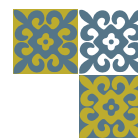
1. Introdução

Aristóteles e Rousseau são partidários da concepção política de que o cidadão pode mudar a lei. Segundo esses filósofos, mais precisamente Rousseau, seja qual for a situação, o povo será sempre senhor de mudar suas leis, mesmo as melhores, pois, se for de seu agrado fazer o mal a si mesmo, quem terá o direito de impedi-lo? Enquanto artefato humano, a lei pode perfeitamente ser revogada total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação), seja pela convenção originária, ou derivada; e pior, mas factível: ainda que um e outra careçam de legitimidade política para fazê-lo.

Entre nós, a deputação legislativa entendeu por bem dar nova feição à Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, ora alterando, ora acrescentando novos dispositivos. Ao engendrar a alteração, levando-a termo com a publicação da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, o legislador consolidado, seguindo a formatação do Texto de 1943, disciplinou, aglutinadamente, normas de direito material e de direito processual do trabalho.

Dentre as mudanças encetadas no rito processual, destaca-se, aqui, a relacionada ao instituto da desistência da ação. É dela que o presente artigo cuidará com o objetivo de demonstrar que o legislador consolidado, ao assegurar seu exercício ao reclamante e subordiná-lo ao consentimento do reclamado toda vez que a contestação seja oferecida, impôs elastério hermenêutico ofensivo à liberdade volitiva e executiva de desistência da reclamação, sem, contudo, se dar conta da objeção jurídica radicada na processualística

¹ Juiz do Trabalho Substituto da Terceira Vara do Trabalho de Feira de Santana (TRT5-BA). Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando em Filosofia (UCSF- Orientador: Dr. Juan Carlos Pablo Ballesteros).



trabalhista e, sobremaneira, na natureza dos atos processuais (das partes e juiz) a ela implicados.

Para consecução do objetivo, far-se-á, sob o véu expositivo e explicativo, rápida incursão jurídico processual a partir do conceito de desistência e das categorias a ela inerentes, como a vontade, ação, e o direito de ação. Visando resolver a problemática, revelar-se-á importante o estudo sobre a natureza jurídica da desistência, quando serão levadas em conta as casuísticas contidas no próprio texto consolidado.

Cumprir advertir, todavia, que a analítica da problemática temporal e espacial suscitada na desistência da ação (reclamação) ficará restrita aos procedimentos em que a defesa (contestação) é entregue antes e/ou durante a audiência de instrução e julgamento.

2. Desenvolvimento

2.1. Vontade e ação

De acordo com Ernst Cassirer, os seres humanos não permanecem para sempre em seu estado primitivo, mas ambicionam superá-lo; não se satisfazem com a extensão e o tipo de existência que receberam de imediato da natureza, e não desistem antes de terem criado uma nova forma própria de existência. Reportando-se a Jean Jaques Rousseau, Cassirer registra que esse filósofo exige da comunidade humana e o que ele espera de sua estruturação futura não é que ela aumente a felicidade do homem e seu bem-estar e os seus prazeres, mas que lhe assegure a liberdade — devolvendo-o, assim, à sua verdadeira determinação.

Para Cassirer, a verdadeira e única base segura reside na consciência da liberdade e na ideia do direito que está inescapavelmente ligada a essa consciência. Entretanto, ambos não brotam da passividade do sentimento nem da mera capacidade de ter impressões, mas, sim, da espontaneidade da vontade, já que, para Rousseau, os homens “obedecerão às leis e não as eludirão porque elas lhes convirão e terão o assentimento interno de sua vontade”. Não há verdadeira ação sem vontade, e não há verdadeira vontade sem liberdade, precisamente porque o homem é livre em suas ações.

Segundo Rousseau, toda ação livre tem duas causas que concorrem em sua produção. A primeira dessas causas, além de moral e determinante do ato em si, é a vontade. Vontade e ação: eis donde deriva o primeiro princípio: o homem quer agir e age; quer mover seu corpo e seu corpo se move. O homem ativo e livre age por si mesmo. Rousseau acredita que o princípio de toda ação está na vontade de um ser livre, não se podendo remontar para além dessa evidência. Supor algum ato, algum efeito que não derive de um princípio ativo é realmente supor efeitos sem causa, é cair num círculo vicioso, na medida em que ou não há um primeiro impulso, ou todo primeiro impulso não tem nenhuma causa anterior, e não há verdadeira vontade sem liberdade. O homem, portanto, é mais livre em suas ações.

Rousseau justifica que, quando o homem se dirige a um objeto, é preciso primeiramente que esse homem queira ir até ele; e, por segundo, que seus pés o levem até esse objeto. São precisos, portanto, dois atos subjetivos sucessivos e complementares entre si: a vontade e a ação. Sem embargo da dupla determinação, a vontade se revela mais privilegiada não só pelo fato de constituir a causa determinante do ato, mas, também, e acima de tudo, porque sem ela não há movimento. Daí a exclamação do genebrino: “queira um paralítico correr e não o queira um homem ágil, ambos ficarão no mesmo lugar”. O homem ativo e livre age por si mesmo.

A vontade e a ação constituem assim duas causas imprescindíveis para que o homem possa tocar sua existência em plena liberdade. Segue-se, então, que a vontade e sua objetivação pela ação constituem a determinação do homem livre. São elas que substanciam o princípio da liberdade enquanto direito subjetivo inalienável. E alienar a vontade e o direito de ação é o mesmo que renunciar à liberdade e, por conseguinte, à qualidade de homem.

2.2 Do direito de ação

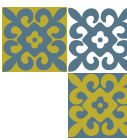
A vontade e a ação se manifestam na existência humana de vários modos. No mundo jurídico, são redutíveis, por exemplo, no *direito de ação*, que, segundo os ensinamentos de José Náufel, é a faculdade, assegurada ao titular de um direito, de recorrer ao poder judiciário, para fazê-lo valer contra terceiros ou pleitear sua declaração, ou restabelecimento, quando violado.

Juridicamente, a palavra ação pode ser tomada nos sentidos subjetivo, objetivo e formal. De acordo com Náufel, no sentido *subjetivo*, a ação é a *facultas agendi* (faculdade de agir), isto é, o direito de o cidadão recorrer ao poder judiciário, a fim de pedir justiça, ou o reconhecimento de um direito ou proteção contra violação do mesmo. É-se dizer: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

Em sentido *objetivo*, aduz o doutrinador, é o exercício da faculdade de agir; de comparecer em juízo, para pleitear o reconhecimento de seus direitos ou fazer valer contra terceiros, que o violam ou ameaçam violá-los. É a *ratio agendi*, o *remedium juris*. Já em sentido *formal*, finaliza Náufel, é o conjunto dos atos judiciais, regidos por lei, pelo qual se faz o processamento da ação. É, pois, a forma com que se reveste a ação objetiva impetrada em juízo.

Moacyr Amaral Santos, seguindo a doutrina civilística consolidada por Savigny, registra que “[...] a ação era o próprio direito subjetivo material a reagir contra a ameaça ou violação”. Aduz que o que caracteriza essa teoria é o fato de a ação se prender indissolavelmente ao direito que por ela se sustenta, revelando-se inevitáveis três consequências: “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.

Admitindo-se a analogia do binômio *vontade-ação* com o *direito de ação*, revela-se razoável considerar que a primeira causa (vontade) estaria para o sentido *subjetivo* (*facultas agendi*), e a segunda (ação), para o *sentido objetivo* (*ratio agendi*). Disso decorre que, tanto no âmbito filosófico como no jurídico, a vontade, a ação e o direito de ação têm como pressuposto motriz o primado da liberdade.



Nessa lógica, malgrado a lei possa assegurar ao jurisdicionado o reconhecimento de um direito ou proteção contra sua violação, a respectiva objetivação do direito de agir ficará condicionada à livre manifestação volitiva do sujeito de direito, assim como também quedará nos casos da mitigação da vontade e da ação pelo fluxo da desistência, seja essa desistência operada *a priori* ou *a posteriori*.

2.3. Do direito à desistência da ação

Diz-se desistência, em sentido vulgar, o ato ou efeito de desistir, abster-se, reconsiderar ou abdicar de algo que se desejava. Numa perspectiva filosófica, que corrobora a do senso comum, a desistência pode de ser da vontade e da ação. Se compreender uma e outra, desaparecem, pelo menos momentaneamente, a causa moral e a causa física. Compreendendo, todavia, uma *ou* outra, se for a vontade, não há falar em causa física; se a ação, remanesce apenas a causa moral. Em suma, na desistência sintonizada com a liberdade autêntica, a primazia será sempre da causa moral, de tal sorte que esta, malgrado a importância para consecução da vontade, o caráter será sempre instrumental. Pode-se dizer que, na desistência, a vontade está para a essência (necessária), e a ação, para o acidente (pragmática).

No direito civil, desistência significa a renúncia que alguém faz a direito de que é titular. Assim, por exemplo, quando o credor, graciosamente, libera a dívida em favor do devedor. Já no direito processual, configura, por assim dizer, a renúncia que o autor faz, expressamente, à instância ou à ação, antes ou depois de contestada a lide, com o consentimento do réu. Em ambos os casos, a desistência determina a extinção do processo, sem resolução do mérito.

Vê-se que, ante o pressuposto da liberdade substanciada na vontade e na ação, o legislador pátrio assegurou ao jurisdicionado não só o *direito de ação* como também o de *desistência*. Elementar: quem pode o mais (objetivar o sentimento da vontade com o exercício do direito de ação) pode o menos (renunciar, definitivamente ou não, à prestação jurisdicional por meio do instituto da desistência da ação ajuizada).

Mas se, na perspectiva do direito de ação, é possível dizer que a liberdade é absoluta, no da desistência ela se revela relativizada. De fato, havendo a comunicação da desistência antes da contestação, as causas moral e física são exercitadas livremente. Mas se agitada depois de contestada a lide, a desistência somente produzirá os efeitos jurídicos esperados com o consentimento da outra parte. Nesse caso, diz-se que a liberdade de desistir fica condicionada à anuência da outra parte — que, por sua vez, também goza da liberdade de manifestar ou não a vontade e a ação de aquiescer com a desistência proposta.

2.4. A desistência da ação no processo civil

Egas Dirceu Moniz de Aragão comenta que, no Código de Processo Civil de 1939, a desistência da ação era considerada causa de cessação da instância no todo ou em parte; e dependia da anuência do réu, se manifestada depois da contestação. Apoiando-se em Pontes de Miranda, Aragão corrobora a distinção entre *desistência da ação* e *renúncia da ação*. Para ele, esta implica em se pôr fim ao litígio, em caráter definitivo, composta a lide.

Essa implica encerramento do processo sem composição da lide, sendo possível, por isso, tornar a propor a ação.

De acordo com o Código de Processo Civil de 1973, o pedido de desistência da ação poderia ser agitado antes e/ou depois da resposta do réu. Se agitada antes, o principal efeito era o da extinção do processo sem resolução de mérito. Ainda em conformidade com esse Texto Adjetivo, depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderia, sem o consentimento do réu, desistir da ação. Aragão adverte que a anuência do réu somente será necessária se este houver respondido à ação, de tal sorte que, se revel, não poderá se opor à desistência, tampouco será intimado do requerimento do autor nesse sentido.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2002, o instituto da desistência da ação foi mantido. Ao mantê-lo, além de corroborar o revogado, aduziu que (I) o juiz não resolverá o mérito quando homologar a desistência da ação; que (II), oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação; que a desistência da ação (III) pode ser apresentada até a sentença.

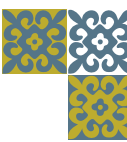
Exsurge desses dispositivos que o autor pode desistir da ação proposta até o momento da prolação da sentença; que a desistência poderá ocorrer antes e/ou depois da resposta do réu: ocorrendo antes, a extinção do processo sem resolução do mérito prescindirá do consentimento do réu; se depois, impõe-se a observância dessa condição. Instado, se o réu sinalizar positivamente, a desistência será homologada por sentença; se negativamente, a homologação será indeferida e o juiz conduzirá o processo até resolução de mérito.

2.5. A desistência da ação no processo do trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 não conheceu do instituto da desistência da ação senão indiretamente por meio da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 1916 e, mais recentemente, do de 2002. Com efeito, dispunha o art. 769 da CLT que: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho [...]”. A partir dessa abertura legal, a jurisprudência pretoriana se sentiu pacificamente autorizada a recepcionar a aplicação subsidiária do instituto da *desistência da ação no processo trabalhista*:

Nos termos do preceito contido no §5º, do art. 485 do CPC/15, **aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, a desistência da ação pode ser requerida pelo autor**, independentemente do consentimento do réu, até antes do recebimento da defesa em audiência, e sem seu consentimento, até antes de prolatada a sentença.

Se a parte autora, apesar de ter ingressado com retratação ao requerimento de desistência da ação, comparece em audiência e, antes da apresentação da defesa, manifesta de forma inequívoca seu interesse em não prosseguir com a ação, é válida a **sentença que homologa a desistência e extingue o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VIII e §4º do CPC/1973 de aplicação subsidiária**.



De acordo com o §4º do art. 267 do CPC: “Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.”

É legal a sentença que homologa a desistência da ação em processo que figura como parte a União Federal, sem que haja renúncia expressa do autor sobre o direito que se funda a ação, quando o pedido de desistência é feito antes da apresentação da resposta, nos moldes do Art. 3º da lei 9.469/97 e § 4º do art. 267 do CPC.

Nos termos do preceito contido no §4º, do art. 267, inciso VIII, do CPC, **aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, a desistência da ação pode ser requerida pelo autor**, independentemente do consentimento do réu, até antes do recebimento da defesa em audiência.

Nos termos do art. 267, § 4º, do CPC, depois de decorrido o prazo para resposta, o autor somente pode desistir da ação se o réu consentir. O silêncio da parte ré, quando intimada expressamente para manifestar-se sobre a desistência da ação, importa anuência com o pedido. Inteligência do art. 111 do CC. Mantém-se a decisão de origem que homologou a desistência da ação, extinguindo o feito sem resolução de mérito.

Se a parte autora desiste da demanda que propôs e o réu, já citado dos termos da ação, anuiu ao ato de desistência, extingue-se o processo sem resolução do mérito, ex vi do art. 267, VIII, do CPC.

Somente com o advento da Consolidação da Leis do Trabalho de 2017 é que o processo do trabalho passou a disciplinar o instituto da desistência da ação, conforme se vê adiante:

Art. 841.

.....

§ 3. Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação.

A leitura atenta desse dispositivo autoriza a inferência de que o legislador consolidado se revelou muito tímido no tratamento do direito de o reclamante desistir da reclamação trabalhista. Com efeito, no lugar de declarar o direito obreiro à desistência da reclamatória de forma positiva, expressa e direta, estranhamente preferiu fazê-lo pela via oblíqua e, pior, depois de muitos apostos, já que somente o consagrou após destacar e enfatizar categorias jurídicas conhecidamente relacionadas às manifestações volitivas do reclamado — a saber: a “contestação” e o “consentimento”.

Teria andado bem o legislador ordinário se houvesse implementado tratamento normativo expresso e mais abrangente acerca da desistência da ação, assegurando disposições já consagradas pelos códigos de rito, doutrina e jurisprudência pretoriana. De forma que

a lacuna legislativa — intencional, ou não —, continuará a ensejar a solução jurisdicional pela via subsidiária ou supletiva do Código de Processo Civil (Art. 769 da CLT, c/c o art. 15 do CPC/2015).

2.5.1. O oferecimento da defesa: uma problemática

Reza o § 3º, do art. 841, da Consolidação das Leis do Trabalho de 2017, que “oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação”.

Repousando a vista sobre este preceptivo legal é possível perceber que o legislador consolidado não inovou na prescrição do instituto da desistência da ação, antes cuidou de imitar a redação do § 4º, do art. 267, do Código de Processo Civil de 1973: “Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”; ou, mais precisamente, de repetir, quase *ipsis litteris*, o texto do § 4º, do art. 485, do Código de Processo Civil vigente: “Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”. Diz-se “quase *ipsis litteris*” porque, ao dela se valer, cuidadosamente inseriu a proposição adverbial “ainda que eletronicamente”. Com efeito, está lá dito: “Oferecida a contestação, *ainda que eletronicamente*, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação. Sendo assim, duas perguntas se impõem: (I) o simples oferecimento da contestação, ainda que eletronicamente, é bastante para que a desistência da reclamação fique condicionada ao consentimento do reclamado? (II) Existem marcos temporal e espacial para o oferecimento da contestação?

Tomadas as disposições normativas adjetiva e consolidada em vigor —especialmente o fragmento *oferecida a contestação, ainda que eletronicamente* —, parece que a intenção do legislador reformador foi a de valorizar o consentimento do reclamado nos atos de desistência da reclamatória, já que condicionou o exercício obreiro de fazê-lo até o momento que precede o oferecimento da contestação. Nessa medida, por assim dizer, profílica, não parece irrazoável a crença de que, uma vez agitada a desistência da reclamação e oferecida a contestação, a homologação judicial somente seria possível se precedida de consulta e consentimento do reclamado.

Sob o véu de uma interpretação literal, muitos intérpretes, tomados pelo fetiche legislativo, podem, açodadamente, passar a defender que o exercício da desistência da reclamação trabalhista somente tem lugar até o momento que antecede o oferecimento da contestação, sob o fundamento de que, vencido esse marco temporal, o consentimento da parte *ex adversa* passaria a constituir *condition sine qua non* para que a homologação judicial pudesse produzir os efeitos jurídicos extintivos do processo.

A objeção ventilada não seria de toda absurda. Com efeito, em seus comentários ao § 4º, do art. 267, do Código de Processo Civil de 1973, o insigne Egas Dirceu Moniz de Aragão, reportando-se à anuência do réu, defendia que seu assentimento se fazia necessário “[...] a partir do instante em que apresentada a resposta, mesmo que o prazo para a prática desse ato ainda não esteja vencido”. Insistia que “se o réu responder no primeiro dia, desde aí terá de ser ouvido sobre o pedido da desistência.” Inconformado, argumentava que:



Seria inaceitável que, após os ônus de ter de se defender da ação proposta, a desistência ainda independesse de sua concordância. Chamado a juízo, o réu tem direito ao julgamento da lide, posição esta que coincide com o interesse do próprio Estado, ao qual não convém que os processos se encerrem sem solucionar o mérito, com a possibilidade de se reiniciarem a seguir, atravancando os juízos inutilmente, apenas para satisfazer a um capricho do autor. Isto somente se poderia conceber se o processo fosse negócio jurídico de direito privado.

Entretanto, conforme será evidenciado na secção que se avizinha, a exegese que emerge do silêncio das paixões parece não autorizar essa intencionalidade. Com efeito, a jurisprudência pretoriana mais consentânea com os princípios norteadores do processo do trabalho — mesmo antes da edição das normas adjetivas consolidada e civil em vigor — já lançava argumentos interpretativos sistêmicos e contrapontísticos à ideia de que o simples oferecimento ou apresentação da contestação antes da realização da audiência inaugural (seja no processo físico ou no eletrônico) teria o condão de produzir o efeito jurídico imediato de condicionar a desistência da reclamatória à anuência patronal.

Filiando-se à hermenêutica contrária a essa significação, o presente artigo tem por objetivo demonstrar que o legislador consolidado de 2017, ao assegurar ao reclamante o direito à desistência da reclamação e condicionar seu exercício ao *oferecimento da contestação* (ainda que eletronicamente, e desde que o reclamado agite seu consentimento), tentou impor odiosa restrição temporal e espacial à liberdade volitiva obreira, sem, todavia, se aperceber de que a natureza jurídica dos atos processuais (das partes e do juiz) e implicados com a desistência da ação trabalhista, bem como o ritual trabalhista, constituem contrapontos ontológico e procedimental intransponíveis.

2.5.2. A natureza jurídica dos atos processuais implicados com a desistência da ação: um contraponto ontológico

Antes de adentrar o mérito da natureza jurídica da desistência da ação no processo do trabalho, três explicações prévias se fazem necessárias acerca da *taxia*, conceituação e dos atos processuais.

Pois bem, para seguir uma disposição sistemática e metodológica (I), é de boa técnica que a análise da natureza jurídica de determinado objeto de estudo tenha lugar no introito do texto. O vertente artigo pede licença para proceder à viragem procedimental, passando a tratar da natureza jurídica dos atos processuais que circundam o instituto da desistência da ação somente agora. E o faz, registre-se, não como insubordinação ao estilo clássico, mas, antes, como recurso metodológico argumentativo com vistas a quebrantar a equivocada hermenêutica que vê na proposição *oferecida a contestação, ainda que eletronicamente* o único e intransponível marco temporal e espacial para que o exercício da desistência da reclamatória possa produzir efeito sem anuência da parte reclamada.

No que tange ao âmbito conceitual (II), imperativo esclarecer que a expressão “natureza jurídica” revela um conceito duplo ou composto, isto é, substancia-se por dois conceitos. De modo que, para resultar bem compreendida, mister que cada um deles seja

analisado separadamente. Nessa linha, o termo “natureza” pode ser significado como algo ou aquilo que compõe a substância ou essência do ser; aquilo que é (essencialidade) e que de outro modo não pode ser (acidentalidade).

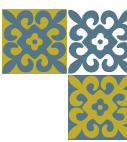
Mas a natureza ou a essência ou a substância se diz de vários modos. Esses vários modos são os acidentes ou qualidades ou adjetivos que compõem o ser. Daí falar-se em natureza econômica, política ou... jurídica. “Jurídica” é, pois, o termo que adjetiva ou qualifica a substância (natureza). Nessa quadra, diz-se jurídico do termo oriundo do etmo *juris* ou *jus* (direito) para reportar substância relacionada ao direito ou em conformidade com os princípios do direito. Quando, por exemplo, estuda-se a natureza jurídica da “desistência”, quer-se investigá-la sob a perspectiva do direito ou dos princípios que o norteiam. Mas nada impede que se busque compreender, também, a natureza sociológica ou psicológica da desistência do cidadão no processo de uma transformação legislativa e social benfazejas.

Nesse contexto conceitual, tem-se que a natureza da desistência deve estar diretamente relacionada com um dos modos de ser da desistência da ação ou reclamação trabalhista, a saber: a perspectiva jurídica, isto é, da perspectiva conforme o direito ou seus princípios, revelando-se, portanto, despicienda a visada do intérprete por qualquer outro modo que não seja o jurídico — malgrado possa se valer de um aporte econômico ou político como *leit motiv* para justificar e/ou sustentar a edição de um instituto processual, mesmo que para tanto o faça em detrimento da natureza jurídica.

Finalmente, (III) os atos processuais implicados com a desistência. Sobre o tema, o professor Aragão, reportando-se ao Código de Processo Civil de 1973, registra que esse Código se guardou de conceituar explicitamente o ato processual, dele fornecendo, quanto aos das partes, apenas uma noção implícita — a saber: “declarações unilaterais ou bilaterais de vontade aptas à constituição, modificação ou extinção da relação processual”. Registra ainda o processualista que o Código escolheu, entre os métodos modernos e adequados de classificação dos atos processuais, o subjetivo, seguindo, assim, a orientação de CHIOVENDA, para quem tais atos “podem proceder de um ou outro dos sujeitos da relação processual, a saber: a) atos da parte; b) atos dos órgãos jurisdicionais”. A desistência da ação compreende atos processuais do autor, do réu e do juiz.

Ditas essas coisas acerca da taxionomia, conceituação da natureza jurídica e dos atos processuais relacionados às partes e ao juiz, é tempo de asseverar que a natureza jurídica da desistência da ação no processo trabalhista tem um caráter híbrido. Com efeito, seguindo a casuística legal, ora se revela como *ato processual unilateral reptício*, ora como *ato processual bilateral*. Terá lugar aquela natureza, quando agitada antes da contestação; esta, depois. Ali, o efeito é imediato; aqui, há de ser mediado pelo consentimento da parte reclamada.

Parafraseando Orlando Gomes e Elson Gottschalk acerca da natureza jurídica do aviso prévio, e tomando-o aqui por analogia, pode-se dizer que a desistência da reclamação no processo trabalhista, antes do oferecimento da contestação, constitui um direito processual potestativo do reclamante, porque, uma vez agitada, converte-se logo em ato



jurídico perfeito e acabado, já que se efetiva sem que seja necessário auscultar o sentimento da parte reclamada.

Diz-se que a desistência da ação é um *ato receptício* ou *ato processual receptício* ou *declaração unilateral receptícia de vontade*, por se tratar de “comunicação feita a um destinatário”, que, ao recebê-la, “nada poderá fazer para impedir que a manifestação volitiva produza seus efeitos”. É dizer: comunicada a desistência da ação, e observando o juiz a inexistência de contestação, procederá de logo à homologação por sentença, sem oitiva do reclamado, bem como à extinção do processo sem resolução de mérito. Em virtude da natureza receptícia que substancia e anima a desistência, o reclamado dela tomará conhecimento *a posteriori* sem que nada possa fazer para obstar a vontade e a ação do reclamante. Em casos que tais, diz-se que a liberdade volitiva e de ação será sempre absoluta.

Bilateral será, contudo, a natureza jurídica da desistência da reclamação quando comunicada depois da contestação, porque, para produzir os efeitos jurídicos esperados, não basta a simples declaração obreira, sendo mesmo necessário a concorrência da manifestação positiva do reclamado.

Pois bem, considerada a natureza jurídica da desistência em conformidade com as casuísticas legais, vê-se, à primeira vista, que o legislador consolidado não parece ter se distanciado da inteligência que animou o legislador civil para sua instituição, já que, para tanto, observou as duas possibilidades temporais factíveis para a desistência da reclamação.

Sem embargo, o problema passa a existir quando o intérprete do § 4º, do art. 841 da CLT, dimensionando o alcance da expressão *oferecida a contestação*, teoriza que o simples oferecimento da contestação é bastante para que a desistência agitada fique condicionada ao aceite da parte reclamada. É como se o legislador estivesse dizendo: se a contestação for oferecida antes da data da realização da audiência “inaugural” — seja no processo físico ou no eletrônico —, a desistência só será eficaz mediante anuência do reclamado. Ledo engano.

Realmente, a interpretação sistêmica do § 4º, do art. 841, *c/c* o Parágrafo único e *caput* do art. 847 da CLT de 2017, não autoriza o elastério invocado pela açodada hermenêutica. Ora, com esteio nos princípios da oralidade e na concentração dos atos processuais, o art. 841 dispõe que o reclamado será notificado da reclamação para “[...] comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias”. Seguindo essa mesma linha principiológica, diz o art. 847 que, não havendo acordo, “[...] o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação [...]”. Não obstante, seu único parágrafo registra que “A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência”.

Verifica-se, assim, que, via de regra, o reclamado é notificado para se defender, apresentando a peça contestatória na audiência de julgamento, malgrado nada impeça de fazê-lo *pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência*.

Da leitura desses dispositivos consolidados, é possível inferir que a contestação pode ser oferecida antes e/ou no momento da audiência de julgamento; que, independen-

temente da hipótese, as partes são sempre instadas a comparecerem à audiência, já que o não-comparecimento do reclamante pode importar arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado, revela (Art. 844, CLT); inferir, ainda, que a contestação precisa ser corroborada em audiência.

A contestação é daqueles atos processuais análogos aos *atos administrativos compostos*, de tal sorte que, oferecida eletronicamente na Vara do Trabalho, somente terá eficácia plena depois de chancelada pelo órgão da Justiça Especializada (Juiz do Trabalho) por meio do deferimento da juntada. De modo que o simples “oferecimento da contestação” não tem o condão de implicar deferimento automático de sua juntada.

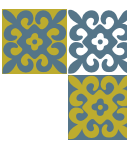
O oferecimento produzirá os efeitos jurídicos esperados, convertendo-se, portanto, em ato jurídico processual perfeito e acabado, somente depois do respectivo deferimento judicial. Se não, não. Sem o deferimento de juntada, a contestação oferecida não passa de mera expectativa.

Cumprido lembrar que a ausência do reclamado à audiência pode ocasionar a declaração de revelia, situação em que o Juiz não deferirá a juntada da defesa — malgrado ela possa continuar residindo nos autos até trânsito em julgado da sentença.

PJe-JT. JUNTADA ANTECIPADA DA DEFESA. REVELIA. CONFISSÃO. No sistema PJe-JT, a juntada da defesa é realizada antes da audiência inaugural, conforme art. 29, da Resolução CSJT 136/2014. Tal circunstância, no entanto, não afasta a aplicação das normas celetistas quanto à necessidade de comparecimento pessoal do Réu na sessão de audiência inaugural, nos termos do art. 844, quando deverá ratificá-la, sob pena de incorrer em revelia. O art. 32, do Provimento Conjunto GP/GCR 5/2014, deste TRT, dispõe em igual sentido. De tal sorte, a juntada antecipada da defesa e documentos não afasta a confissão.

Malgrado a inteligência do § 5º, do art. 843 da CLT/2017, no sentido de que, ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados, o leitor não menos atento ao inteiro teor desse favor normativo de logo notará o acerto da tese aqui defendida, visto que o legislador, quando quis mitigar os efeitos da revelia, não vacilou em registrar que a contestação e os documentos eventualmente apresentados “*serão aceitos*”. Sucede que, ao fazê-lo, incorreu em reforço pleonástico contraditório, na medida em que o dever de aceitar a defesa e os documentos a ela acostados autoriza *a fortiori* a inferência de que o próprio legislador duvidava de que o simples oferecimento da contestação possuiria o condão de implicar deferimento tácito e/ou automático da juntada da defesa.

Embora, com o suso dispositivo, o legislador visasse estancar a celeuma em derredor da residência ou não da peça defensiva e documentos nos autos do processo por ocasião da declaração da revelia, a verdade é que, na linha oblíqua, deixou transparecer a inquietação de que não bastava o simples oferecimento da defesa. Ao contrário, mister que, agitado antes da audiência de instrução e julgamento (arts. 841 e 845 c/c o parágrafo único e *caput* do art. 847, todos da CLT), haja a competente ratificação judicial — previsão



consolidada que afasta, de uma vez por todas, a pretensa aplicação supletiva do § 4º, do art. 203, do Código de Processo Civil de 2015, ante a inexistência de omissão do tema no texto consolidado.

Ademais, a revisão do ato meramente ordinatório de recebimento da defesa pela Secretaria da Vara é sempre necessária. De modo que, em audiência, o juiz, repousando a vista sobre a contestação oferecida, poderá, conforme o caso, deferir ou não a juntada. Eis como a jurisprudência vem se comportando quanto à temática da necessidade do deferimento da juntada da defesa:

Se o advogado da parte, na audiência inaugural, não apresenta seus PROTESTOS **pelo indeferimento da juntada da defesa**, aceitando-o passivamente, não pode, posteriormente, impugná-la, porquanto intempestiva/preclusa a impugnação.

Reportar-se à aceitabilidade incondicional da peça defensiva por ocasião da declaração da revelia é sinalizar para a lógica de que o simples oferecimento da contestação não se revela suficiente para que a desistência da reclamação desafie a anuência do reclamado. Quem opera com a processualística trabalhista tem conhecimento notório de que as peças defensivas, quase que de modo absoluto, apresentam requerimento de juntada da contestação com os seguintes termos: “Pede-se juntada e deferimento” — revelando, com esse procedimento, a necessidade de que a contestação oferecida seja submetida à apreciação e deferimento judicial.

Não se pode perder de vista que o deferimento de juntada da contestação é da pertença dos atos ou pronunciamentos processuais inexoráveis do juiz, levado a cabo pelo fluxo de um despacho, ainda que meramente ordinatório, porque quem o lavra (Diretor da Vara), fá-lo legitimado pelo *status* da representação judicial. Inteligência do art. 203 do CPC.

Imperativo, pois, conceder que o simples oferecimento da contestação, desacompanhado do deferimento lexical de sua juntada pelo Juiz (despacho), não tem o condão de subtrair da desistência da reclamação trabalhista a natureza jurídica substanciada no *ato processual unilateral receptício*. De sorte que, *oferecida a contestação*, sem o correspondente deferimento judicial da juntada, o reclamante poderá livremente desistir da reclamação sem o consentimento do reclamado. Dele necessitará apenas na hipótese em que a desistência seja agitada logo após o deferimento judicial de juntada da contestação. Sintomática, no particular, a protohermenêutica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região:

No processo do trabalho, segundo o artigo 847 consolidado, o momento oportuno para a apresentação da defesa se dá na audiência, tão logo reste frustrada a primeira tentativa de conciliação entre as partes litigantes. Destarte, **a aplicação harmônica e sistemática do comando emergente do § 4º do artigo 267 do CPC no processo trabalhista nos autoriza inferir que o reclamante**

poderá desistir da ação, sem o consentimento da parte contrária, até a audiência inaugural e antes de apresentada a defesa. A apresentação antecipada da defesa na forma estabelecida pelo artigo 29 da Resolução nº 136/2014 do CSJT, não produz efeito jurídico no processo, eis que somente na audiência inaugural ela será conhecida pelo julgador. Tanto é assim que o §2º daquele dispositivo legal preservou a faculdade assegurada ao réu de apresentação de defesa oral, por 20 (vinte) minutos, na forma do artigo 847 da CLT, o que demonstra que a presença da defesa nos autos eletrônicos, antes da audiência, não configura a triangulação da relação processual, não havendo, pois, óbice à desistência da ação sem consentimento do réu.

Essa também é a inteligência de Antonio Umberto de Souza Junior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e de Platon Teixeira de Azevedo Neto na obra conjunta intitulada *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*. Para esses comentaristas: “[...] o reclamante pode desistir unilateralmente da reclamação até o início da primeira audiência, ainda que já presente o reclamado”. Justificam que “[...] em tal instante, não terá sido aberta ainda a oportunidade processual para o exercício do contraditório, pouco importando se a defesa será oral ou escrita, impressa ou eletrônica”.

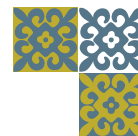
A circunstância de ser inserida a contestação do reclamado no sistema eletrônico com alguma antecedência em relação à hora marcada para a audiência, pelas características, requisitos de segurança da integridade do sistema e logística operacional do PJe, não altera, juridicamente, o momento em que ela é considerada entregue [...]. Assim, inalterado pelo legislador o iter procedimental das audiências trabalhistas, a defesa, ainda que disponibilizada no sistema antecipadamente, somente será juridicamente entregue ao juiz depois de exauridas as primeiras tentativas de acordo em audiência.

Nessa linha exegética, tentar transmutar a natureza receptícia da desistência da ação no processo do trabalho, recepcionado o simples oferecimento da contestação com poderes para alijar do juiz o poder de deferir ou não a juntada, é, minimamente tornar invisível ou desprestigiar a presidência do processo; igualmente, ferir de morte a liberdade de o reclamante estancar a vontade de litigar em Juízo; finalmente, alimentar a perpetuação do litígio — e pior: com o pretenso aval estatal, em manifesta ofensa à inércia motivadora e assecuratória da paz social.

3. Considerações finais

A desistência da ação é da pertença subjetiva do autor. Quis o reformador do texto consolidado que dela o reclamante pudesse se servir na processualística trabalhista até o momento do oferecimento da contestação; e que, se agitada depois do oferecimento da contestação, mister a anuência do reclamado.

Diante dessa novidade no processo laboral, não quis e nem poderia o juiz do trabalho passar ao largo do seu dever categórico de interpretar a lei positivada. Analisando-a,



de logo percebeu o equívoco hermenêutico que alguns intérpretes poderiam cometer na análise do § 4º, do art. 841, da CLT de 2017, a saber: a crença de que o simples oferecimento da contestação, ainda que eletronicamente, bastaria para que a desistência da reclamação e consequente homologação judicial quedassem condicionadas ao consentimento prévio do reclamado.

Em sentido diametralmente oposto a essa intencionalidade, a boa exegese defende a percepção de que a mitigação sugerida fere de morte a essência ou a natureza jurídica do instituto da desistência na processualística do trabalho, na medida em que tenta transmutar um *ato processual receptício declaratório de vontade* em *ato processual bilateral*.

Efetivamente, para fazer valer o consentimento do reclamado, enquanto condição de possibilidade para homologação sentencial da desistência, recomenda-se que a boa racionalidade tome em conta que o simples oferecimento da contestação seja lexicalmente ratificado por despacho judicial autorizador da juntada, pois somente com esse ato processual em audiência é que a relação processual triangular ganha existência real.

Observar e enfatizar o caráter paradigmático da natureza jurídica do instituto da desistência da ação no processo do trabalho, sob o véu de um *ato processual declaratório e receptício de vontade*, é o menor zelo que o juiz, na processualística trabalhista, pode ter para sublimar a perfectibilidade moral da arte de legislar e de bem prestar a jurisdição.

4. Referências

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. Comentários ao Código de processo Civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II: arts. 154-269. Rio de Janeiro: Forense, p. 546, 1987.

BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de filosofia; tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Direito do Trabalho: apontamentos para concurso. Salvador: Envelope e Cia, p. 125, 1998.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 20.07.2017.

_____. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 20.07.2017.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20.07.2017.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 12.12.2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.12.2017.

CASSIRER, Ernest. A questão Jean-Jacques Rousseau. São Paulo: UNESP, 1999, p 100.

GOMES, Orlando & Elson Gottschalk. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, p. 356-357, 2002

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUNIOR, Antonio Umberto de Souza (et al). Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017. São Paulo: Rideel, p. 841, 2017.

NAÚFEL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro. São Paulo: Parma, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 33ª ed., 2007, p. 173).

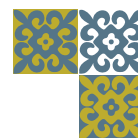
ROUSSEAU, Jean Jacques. Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa reformation projetée. In _____. Oeuvres complètes. V. 3. Paris: Gallimard, 1964. (Bibliothèque de la Pléiade).

_____. Du contract social ou Essai sur la forme de la république (première version: 1761) – Notions du corps social. In: _____. Oeuvres complètes. v. 3. Paris: Gallimard, 1964. (Bibliothèque de la Pléiade).

_____. Emile, Education, Morale, Botanique. In: _____. Oeuvres complètes, v. 4. Paris: Gallimard, 1969. (Bibliothèque de la Pléiade).

SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo código de processo civil. Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 19373, vol. II: arts 154-269. São Paulo: Saraiva, p. 150, 1987.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO. Jurisprudência/Acórdão. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br/>>. Acesso em 11.12.2017.



Segurança jurídica e princípio da proteção: limites à eficácia temporal da lei 13.467/2017 e medida provisória 808/2017

Guilherme Guimarães Ludwig¹
Murilo Carvalho Sampaio Oliveira²

Resumo: O presente artigo se propõe a problematizar o alcance da aplicabilidade da reforma trabalhista, advinda da Lei 13.467/2017 e da posterior Medida Provisória 808/2017, nos âmbitos material e processual, quanto à incidência de efeitos sobre os contratos de trabalho e as reclamações trabalhistas em curso em 11 de novembro de 2017. O texto analisa o debate do direito intertemporal sob a perspectiva dos preceitos constitucionais da irretroatividade e segurança jurídica e também de acordo com o princípio trabalhista da proteção.

Palavras-chave: reforma trabalhista – eficácia temporal da norma – segurança jurídica – princípio da proteção.

Sumário: 1. Introdução. 2. Inaplicabilidade da reforma trabalhista aos contratos de trabalho em curso. 3. Inaplicabilidade da reforma trabalhista aos processos trabalhistas em curso. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução: a eficácia temporal da lei 13.467/2017 e o princípio constitucional da Segurança Jurídica

Com o advento da Lei 13.467/2017 e da posterior Medida Provisória 808/2017, foram acrescentados, alterados e revogados centenas de dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, além de outras leis trabalhistas e previdenciárias. Para além do enorme desafio de interpretar e aplicar uma modificação desta magnitude e velocidade de tramitação legislativa, a partir de uma concepção harmônica com todo o sistema normativo trabalhista vigente, incluindo a própria Constituição Federal e as Normas Internacionais, torna-se necessário resolver uma questão prévia: quais os limites da eficácia temporal da reforma trabalhista.

O presente artigo se propõe a problematizar o alcance da aplicabilidade da reforma trabalhista nos âmbitos material e processual. Noutros termos, busca investigar se os novos dispositivos legais geram ou não efeitos sobre os contratos de trabalho e as reclamações trabalhistas em curso em 11 de novembro de 2017, a partir de uma leitura constitucional do princípio da segurança jurídica.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Juiz Titular da Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa/BA.

² Juiz do Trabalho na Bahia e Professor Adjunto da UFBA, Especialista e Mestre em Direito pela UFBA, Doutor em Direito pela UFPR, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. murilosampaio@yahoo.com.br.

2. Inaplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho em curso

Conforme a MP 808/2017, “*aplicam-se aos contratos de trabalho vigentes, na integralidade, os dispositivos da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (art. 2º)*”. O dispositivo em questão, todavia, aparenta violar a Constituição Federal.

De acordo com o texto constitucional em vigor, “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (CF, art. 5º, XXXVI), dispositivo este que consubstancia o princípio geral da irretroatividade da lei, por seu turno, corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança. Segundo Gomes Canotilho:

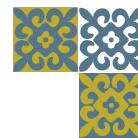
“O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico” (2003, p.257).

Por outro lado, de acordo com a clássica divisão de Matos Peixoto (1948, p. 464-468), a retroatividade legal pode ser: a) máxima, quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados; b) média, quando a lei nova atinge efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela; e c) mínima, quando a lei nova atinge efeitos dos atos jurídicos que lhe sejam anteriores, mas produzidos após a data em que ela entra em vigor.

A retroatividade mínima é a que seria verificada, por exemplo, caso fosse aplicada a Lei 13.467/2017 aos contratos de emprego em curso na data do início de sua vigência. Esta hipótese, entretanto, também é vedada pela Constituição Federal por violar o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI) e, conseqüentemente, os princípios da segurança jurídica e da confiança.

O ordenamento jurídico brasileiro protege o equilíbrio contratual e a confiança. Por ocasião do ajuste das cláusulas contratuais, é evidente que os pactuantes levaram em consideração especialmente a legislação trabalhista então vigente, não podendo adiante ser surpreendidos, em plena execução contratual, com alterações das premissas do contrato, vale dizer, a própria causa que gerou aqueles efeitos jurídicos.

De acordo com Orlando Gomes (1988, p.4), “todas as conseqüências de um contrato concluído sob o império de uma lei, inclusivamente seus efeitos futuros, devem continuar a ser reguladas por essa lei em homenagem ao valor da certeza do direito e ao princípio da tutela do equilíbrio contratual”. No mesmo sentido, a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p.331), segundo os quais “os vínculos negociais e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram, regra esta que não deve ser interpretada somente para a aplicação das regras codificadas civis, mas também para todas as demais relações jurídicas não penais”.



Por outro lado, ao apreciar a possibilidade de imediata aplicação da MP nº 32/89, convertida na Lei nº 7.730/89, aos efeitos futuros de contratos de depósito em caderneta de poupança, celebrados ou renovados em momento anterior ao do início de sua vigência, o Supremo Tribunal Federal (STF, AI 244578/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.08.1999) decidiu que:

“O acolhimento da postulação recursal deduzida pela instituição financeira importaria em inaceitável transgressão ao princípio constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito, tal como enunciado pelo art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental da República.

Cumprir ter presente, neste ponto, que o contrato de depósito em caderneta de poupança, enquanto ajuste negocial validamente celebrado pelas partes, qualifica-se como típico ato jurídico perfeito, à semelhança dos negócios contratuais em geral (RT 547/215), submetendo-se, por isso mesmo, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua estipulação. A pretensão jurídica manifestada pela instituição financeira conflita, de modo frontal, com a norma inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Federal, que consagra princípio fundamental destinado a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. (...)

Vê-se, portanto, que uma lei nova não pode estender-se, com a finalidade de regê-los, aos efeitos futuros de contratos anteriormente pactuados, pois, se tal situação se revelasse possível, o Estado passaria a dispor de um temível poder de intervenção na esfera das relações contratuais privadas em curso de execução, afetando, em seus aspectos essenciais, a própria causa geradora daquelas conseqüências jurídicas. (...)

A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, por sua vez, não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios – como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito – que se revestem de um claro sentido de fundamentalidade. Motivos de ordem pública ou razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada”.

Também assim, ao apreciar a constitucionalidade da Lei 8.177/91, no que se refere à aplicação da taxa de atualização monetária a contratos anteriores à sua vigência, o Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 04.09.1992) entendeu que:

“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no art. 5º, XXXVI, da CF se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido”.

Observe-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal excepciona:

“as normas que alteram padrão monetário e estabelecem os critérios para conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (...) (STF, RE 114.982, T1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 01.03.1991)”.

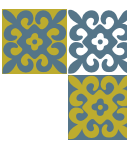
No mesmo sentido, mais recentemente, o julgamento no RE 212.136 AgR, 2T, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ de 21.02.2003. O raciocínio básico é que inexistente direito adquirido a padrão monetário, sendo que as normas de conteúdo monetário destinam-se a garantir a estabilidade do sistema e o próprio equilíbrio econômico do país. Não é este o caso, entretanto, da Lei 13.467/2017, razão pela qual não lhe cabe sequer a retroatividade quanto aos efeitos futuros dos contratos celebrados antes de sua vigência.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, por seu turno, há entendimento sumulado em sentido da inaplicabilidade da lei nova aos contratos de emprego em curso:

“A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT (Súmula 191, III do TST)”.

É que, com a Lei 12.740/2012, a disciplina do adicional de periculosidade passou a ser regida no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, incidindo o correspondente adicional apenas sobre o salário-base – em vez de todo conjunto de parcelas de natureza salarial, pela interpretação da Lei 7.369/85, constante da anterior redação da Súmula 191 do TST, conferida pela Res. 121/2003.

Por fim, igualmente o Superior Tribunal de Justiça se posiciona quanto ao tema, asseverando que, na seara contratual, os acordos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram. Ao apreciar matéria relativa à retroatividade das



Leis 8.004/90 e 8.100/90 a contrato de mútuo, foi decidido que (REsp/650136/RS, T1, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.10.2005)

“(…). 2. Consoante as regras de direito intertemporal, as obrigações regem-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham elas base contratual ou extracontratual. No campo dos contratos, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram.

3. A cobertura pelo FCVS – Fundo de Compensação de Variação Salarial, é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato. O saldo devedor, por seu turno, é um resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário. Embora o FCVS onere o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.

4. In casu, à época vigia a Lei n.º 4.380/64, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas, tão-somente, impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel seria antecipado o vencimento do valor financiado.

5. É direito do mutuário a manutenção da cobertura do FCVS e, por consequência, a liquidação antecipada do saldo devedor, com desconto de 100% pelo Fundo, desde que o contrato tenha sido celebrado até 31 de dezembro de 1987 (art. 2º, §3º, da Lei n.º 10.150/00), ainda que haja novação dos débitos fundada em edição anterior da Medida Provisória 1.981-52/2000, cujas regras foram mantidas quando convertida na Lei 10.150/2000.

6. Precedentes do STJ (REsp 638132/PR Relator Ministro FRANCIULLI NETTO DJ 06.09.2004; REsp 572148/RS Relator Ministro JOSÉ DELGADO DJ 22.03.2004). (...)”.

Diante destes elementos, conclui-se que, considerando o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI) e, consequentemente, os princípios da segurança jurídica e da confiança, a Lei 13.467/2017 não se aplica aos contratos de emprego em curso na data do início de sua vigência.

Esse debate sobre a temporalidade das regras trabalhistas deve, de igual modo, ser harmonizado com os princípios do Direito do Trabalho, como consta no caput do art. 8º da CLT, mesmo após a reforma. Na principiologia trabalhista, o princípio da proteção é o critério fundamental de orientação do Direito do Trabalho, do qual se extrai o critério do *in dubio pro operario*, que assim sinaliza: “*no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador*” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107). Ou seja, o princípio tutelar também incide na questão do direito intertemporal, corroborando uma interpretação favorável ao trabalhador.

Justamente com amparo em Plá Rodriguez, Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017) defendem a inaplicabilidade das novas regras da reforma trabalhista para os contratos em curso:

“[...] os dispositivos de direito material que criem novas figuras, eliminem direitos ou criem condições desfavoráveis aos trabalhadores somente valham para as relações de emprego inauguradas no novo ambiente normativo da Lei n. 13.467/2017.

[...]

De toda a sorte, direitos anteriormente assegurados por lei e abolidos ou transformados em sua natureza jurídica persistirão quando previstos em contrato individual, regulamento empresarial, norma coletiva ou sentença normativa, por possuírem fundamento independente da fonte normativa primária heterônoma (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2017: p. 520-521).

À luz do princípio protetivo do Direito do Trabalho e seus critérios de interpretação, as antigas vantagens previstas na legislação foram incorporadas ao contrato de emprego. Na regra da condição mais benéfica, há pluralidade de normas no processo de sobreposição temporal (sucessão). “Daí o entendimento de que o princípio da condição mais benéfica resolve o fenômeno de direito transitório ou intertemporal” (SILVA, 1999, p. 99).

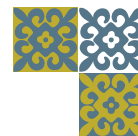
O ordenamento jurídico brasileiro consagra expressamente a regra da condição mais benéfica, com arrimo no direito adquirido, com fulcro no artigo quinto, inciso XXXVI, e sétimo, caput, da Constituição de 1988. A legislação infraconstitucional trabalhista instituiu a vedação das alterações contratuais lesivas por meio do artigo 468, o que representa a consequência do princípio da condição mais benéfica.

3. Inaplicabilidade da Reforma Trabalhista aos processos trabalhistas em curso

É corrente considerar que as leis regem, ordinariamente, as situações fático-jurídicas presentes. Todavia, a ocorrência de uma sucessão de regras jurídicas enseja um delicado debate sobre a aplicação da lei nova para situações jurídicas em curso e iniciadas na vigência na lei antiga. Discutir os efeitos temporais da sucessão legislativa é o objeto do direito intertemporal.

A máxima “*tempus regit actum*” perdura soberana quando se cogita a aplicação temporal do direito. Ancorada na ideia de estabilidade e segurança, o sistema jurídico brasileiro aponta, como regra, a eficácia imediata da nova lei, todavia veda sua incidência pretérita, confirmando outro brocardo jurídico: “*lex prospicit, no respicit*”.

No ordenamento jurídico nacional, a norma constitucional estabelece como garantias fundamentais que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, consoante art. 5º, inciso XXXVI, dando concretude aos seus valores-princípios de estabilidade



e segurança jurídica. No campo do processo laboral, a CLT já disciplinava o tema no XI título de “*disposições finais e transitórias*”. Trata-se dos dispositivos constantes dos artigos 912, 915 e 916. Particularmente, o art. 915 consagra a inaplicabilidade do regime recursal novo ao recurso já iniciado, mesclando efeito imediato, mas impondo o respeito às situações processuais em andamento.

Como complemento à CLT na forma do art. 15 do CPC, o processo civil segue essa diretriz de imediatidade e irretroatividade. O CPC/2015 trata do tema nos artigos 14, 1.046 e 1.047, estabelecendo algumas ressalvas e regras de transição, como se vê abaixo:

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. [...]”

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§ 1º. As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.

§ 2º. Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

§ 3º. Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código. [...]

Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência (Código de Processo Civil)”.

Para o problema teórico sobre o que seria irretroatividade, processo pendente e relação não consumada, a lei, doutrina e jurisprudência elegeram a teoria do “*isolamento dos atos processuais*”, recusando as teorias da “*unidade do processo*” e “*autonomia das fases*”.

A teoria prevalecente, designada como “*isolamento dos atos processuais*”, considera que é o ato processual individualizado a grande referência para a aplicação da nova regra. O art. 14 do CPC e art. 915 da CLT tomam como referência atos processuais isolados, o que justifica a ideia doutrinária de que a própria legislação acolheu essa teoria. Também se percebe que a fase decisória deve observar o procedimento iniciado à época da fase postulatória (§ 1º do art. 1.046 do CPC), sendo a prolação da sentença a referência temporal para fins de entendimento do conceito de “*situação jurídica consolidada*”.

O julgado do Tribunal Superior do Trabalho abaixo cuida deste debate de direito intertemporal sobre a incidência do CPC em sede recursal e revela a adoção expressa do critério do isolamento dos atos processuais para fins de direito intertemporal:

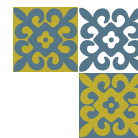
“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PRECEDÊNCIA DAS NORMAS DO CPC DE 1973 FRENTE AO CPC DE 2015. INCIDÊNCIA DA REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL SEGUNDO A QUAL TEMPUS REGIT ACTUM. I - O agravo de instrumento foi interposto em 23/03/2016 contra decisão que denegara seguimento a recurso de revista manejado em face de acórdão proferido na sessão de julgamento ocorrida em 25/11/2015. II - Não obstante a vigência do novo Código de Processo Civil tenha iniciado no dia 18/03/2016, conforme definido pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça, aplicam-se ao presente feito as disposições contidas no CPC de 1973. III - É que embora as normas processuais tenham aplicação imediata aos processos pendentes, não têm efeito retroativo, por conta da regra de direito intertemporal que as preside, segundo a qual tempus regit actum. IV - Esse, a propósito, é o posicionamento consagrado no artigo 14 do CPC de 2015 de que “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. V - Como a lei processual superveniente deve respeitar os atos praticados sob o domínio da lei revogada, a indagação que se põe, em sede recursal, diz respeito ao marco a partir do qual se aplicará a lei revogada ou a lei revogadora, propendendo a doutrina pela data da sessão em que proferida a decisão objeto do apelo. Precedentes do STJ [...]”. (AIRR - 1760-90.2013.5.10.0012, Relator Desembargador Convocado: Roberto Nobrega de Almeida Filho, Data de Julgamento: 23/08/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/08/2017)”.

Nesta direção de inaplicabilidade, convém registrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça vem recusando a aplicação imediata de honorários advocatícios recursais nos processos cujo recurso tenha sido anterior à vigência do CPC. Trata-se do Enunciado Administrativo n. 7, que assim dispõe: “*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC*”.

Como consta no precedente judicial do STJ, a questão dos honorários advocatícios – inclusive pela sua natureza jurídica bifronte – e as regras processuais novas de gratuidade da justiça devem ser examinadas ao tempo da postulação. Note-se que mesmo os pedidos anteriores de honorários sucumbenciais estavam baseados na ordem jurídica anterior (CPC e CF), ou seja, caso se entenda por tal direito, a base normativa deste não é a Lei 13.467/2017. Destarte, aplicar os honorários sucumbenciais da reforma trabalhista com base em pedido de honorários lastreado no CPC é julgar de modo diverso daquele postulado.

Na mesma direção, o Tribunal Superior do Trabalho já fixou orientação jurisprudencial de que é a data e o sistema processual da propositura da ação que fixam o direito aos honorários:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DE DOENÇA PROFISSIONAL. AJUIZAMENTO PERANTE A JUSTIÇA COMUM ANTES DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. POSTERIOR REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA



DO TRABALHO. ART. 85 DO CPC DE 2015. ART. 20 DO CPC DE 1973. INCIDÊNCIA. A condenação em honorários advocatícios nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou de doença profissional, remetida à Justiça do Trabalho após ajuizamento na Justiça comum, antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, decorre da mera sucumbência, nos termos do art. 85 do CPC de 2015 (art. 20 do CPC de 1973), não se sujeitando aos requisitos da Lei nº 5.584/1970. Ademais, seria flagrante decisão surpresa tomar como referência novas regras processuais, notadamente aqueles de natureza punitiva, sem qualquer contraditório prévio das partes (OJ 421 da SDI1)”.

Mantendo a tradição deste entendimento, a 2ª Jornada Nacional da Anamatra, realizada em 2017, aprovou o seguinte enunciado:

98 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO.

EM RAZÃO DA NATUREZA HÍBRIDA DAS NORMAS QUE REGEM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (MATERIAL E PROCESSUAL), A CONDENAÇÃO À VERBA SUCUMBENCIAL SÓ PODERÁ SER IMPOSTA NOS PROCESSOS INICIADOS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.467/2017, HAJA VISTA A GARANTIA DE NÃO SURPRESA, BEM COMO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, UMA VEZ QUE A EXPECTATIVA DE CUSTOS E RISCOS É AFERIDA NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO.

Na mesma direção, o Tribunal Superior do Trabalho, em um dos primeiros Acórdãos a enfrentar a questão, entendeu o seguinte:

RECURSO DE REVISTA. QUESTÃO PRELIMINAR. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA IN 40 DO TST. [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. A Corte Regional deferiu o pedido de pagamento de honorários advocatícios sem que o reclamante estivesse assistido por sindicato da categoria. Até a edição da Lei 13.467/2017, o deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho estava condicionado ao preenchimento cumulativo dos requisitos previstos no art. 14 da Lei 5.584/70 e sintetizados na Súmula nº 219, I, desta Corte (sucumbência do empregador, comprovação do estado de miserabilidade jurídica do empregado e assistência do trabalhador pelo sindicato da categoria). **A Lei 13.467/2017 possui aplicação imediata no que concerne às regras de natureza processual, contudo, a alteração em relação ao princípio da sucumbência só tem aplicabilidade aos processos novos, uma vez que não é possível sua aplicação aos processos que foram decididos nas instâncias ordinárias sob o pálio da legislação anterior e sob a qual se analisa a existência de violação literal de dispositivo de lei federal.** Verificada contrariedade ao entendimento consagrado na Súmula n.º 219, I, do TST. Recurso de

revista de que se conhece e a que se dá provimento. (A C Ó R D Ã O 6ª Turma – Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos - PROCESSO Nº TSTRR-20192-83.2013.5.04.0026 – Publicado no DJE: 15/12/2017)

A tramitação do feito pelas regras antigas da CLT revela-se, então, como situação jurídica consolidada, e, por tal motivo, merece a proteção jurídica, a fim de se evitar surpresas. Aplicar as regras processuais da reforma trabalhista aos feitos já instruídos configuraria ofensa direta ao devido processo legal substancial (Inciso LV do art. 5º da CF) e colisão com as regras dos artigos 9º e 10 do CPC/2015. Isto porque o feito vem transcorrendo sob a égide das regras processuais anteriores à Lei 13.467/2017, sendo impossível às partes, pela temporalidade das mudanças, ante- ver quais regras processuais vigentes à época da prolação da decisão.

Por consequência, nenhuma das alterações processuais (a exemplo de honorários advocatícios sucumbenciais, restrição da gratuidade da justiça, etc) ou mesmo aquelas de natureza material com incidência processual (a exemplo do novel capítulo de dano extrapatrimonial) são aplicáveis em processo ajuizado anteriormente à vigência da Lei 13.467/2017, em atenção as regras citadas acima, em observância às garantias constitucionais e aos valores jurídicos da estabilidade e da segurança.

4. Conclusão

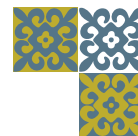
As reformas trabalhistas – Lei 13.467/17 e MP 808/2017 – na legislação material apontam para um novo modelo de legislação trabalhista, de cunho mais liberal e negocial. Independentemente do necessário e polêmico debate da constitucionalidade e convencionalidade deste conjunto de alterações legislativas, é preciso demarcar temporalmente que a incidência destas novas normativas trabalhistas não alcança os contratos já vigentes, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei, da segurança jurídica e da confiança, além da reiteração do princípio protetivo com suas ideias de regra e condição mais favorável.

No campo processual, também se verifica um conflito de paradigmas entre o antigo modelo de amplo acesso e gratuidade da Justiça e as alterações processuais que restringem o acesso à justiça e atrasam a duração do processo. Muito embora existam mais argumentos teóricos-abstratos para a incidência das inovações nos processos em curso, nas ações ajuizadas anteriormente a 11 de novembro de 2017 as regras de honorários e gratuidade devem ter seu processamento conforme as normas vigentes à época da propositura da ação, por respeito aos preceitos constitucionais, especialmente a segurança jurídica.

5. Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v.IV. Contratos. t.1. São Paulo: Saraiva, 2005.



GOMES, Orlando. Questões Mais Recentes de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 173, n. 576, 1948, p. 459-485.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira de. Principiologia do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 16.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

A arbitragem em conflitos individuais trabalhistas: uma interpretação constitucional e lógico-sistemática do art. 507-A da CLT

João Renda Leal Fernandes¹

O art. 507-A, acrescentado à CLT pela Lei nº 13.467/2017, passou a prever a possibilidade de inserção de cláusula compromissória em contratos individuais de trabalho, desde que a presença dessa cláusula decorra da iniciativa do próprio empregado ou conte com sua concordância expressa, *verbis*:

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

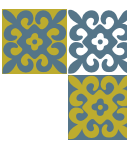
Como se sabe, a resolução de um conflito pela via arbitral depende da existência de uma *convenção de arbitragem*, que pode se materializar de duas formas distintas: *cláusula compromissória* ou *compromisso arbitral*.

Cláusula compromissória é o negócio jurídico através do qual as partes, prévia e antecipadamente, se comprometem a submeter conflitos porventura surgidos em momento futuro à resolução através da arbitragem. Distingue-se do *compromisso arbitral*, pois neste se estipula a via da arbitragem para resolução de um litígio já existente.

Face às previsões contidas no art. 114, §§1º e 2º, da CRFB/88, prevalecia anteriormente na jurisprudência a visão de que a arbitragem era permitida apenas para a resolução de conflitos coletivos de trabalho. De acordo com tal entendimento, o instituto seria, contudo, incompatível com a resolução de conflitos individuais de trabalho, pois o art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) estabelece que somente litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis seriam suscetíveis de resolução através de tal mecanismo.

A fim de justificar a alegada incompatibilidade do instituto com a resolução de conflitos individuais de trabalho, a maioria dos julgados se baseava no princípio da proteção, na ausência de equilíbrio entre as partes, no estado de subordinação, na hipossuficiência econômica e jurídica dos empregados e nas ideias de *irrenunciabilidade* e *indisponibilidade* que norteiam os direitos trabalhistas. A Subseção I de Dissídios Individuais do TST já havia inclusive adotado essa linha de entendimento, consoante julgados a seguir transcritos:

¹ Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Especialista em Direito Público. Mestrando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ex-bolsista da Japan Student Services Organization na Tokyo University of Foreign Studies (TUFS).



“Ação civil pública. Ministério Público do Trabalho. Câmara de arbitragem. Imposição de obrigação de não fazer. Abstenção da prática de arbitragem no âmbito das relações de emprego. [...] 3. Seja sob a ótica do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas. Mesmo no tocante às prestações decorrentes do contrato de trabalho passíveis de transação ou renúncia, a manifestação de vontade do empregado, individualmente considerado, há que ser apreciada com naturais reservas, e deve necessariamente submeter-se ao crivo da Justiça do Trabalho ou à tutela sindical, mediante a celebração de válida negociação coletiva. Inteligência dos artigos 7º, XXVI, e 114, caput, I, da Constituição Federal. 4. Em regra, a hipossuficiência econômica ínsita à condição de empregado interfere no livre arbítrio individual. Daí a necessidade de intervenção estatal ou, por expressa autorização constitucional, da entidade de classe representativa da categoria profissional, como meio de evitar o desvirtuamento dos preceitos legais e constitucionais que regem o Direito Individual do Trabalho. Artigo 9º da CLT. 5. O princípio tuitivo do empregado, um dos pilares do Direito do Trabalho, inviabiliza qualquer tentativa de promover-se a arbitragem, nos moldes em que estatuído pela Lei nº 9.307/1996, no âmbito do Direito Individual do Trabalho. Proteção que se estende, inclusive, ao período pós-contratual, abrangidas a homologação da rescisão, a percepção de verbas daí decorrentes e até eventual celebração de acordo com vistas à quitação do extinto contrato de trabalho. A premência da percepção das verbas rescisórias, de natureza alimentar, em momento de particular fragilidade do ex-empregado, frequentemente sujeito à insegurança do desemprego, com maior razão afasta a possibilidade de adoção da via arbitral como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas, ante o maior comprometimento da vontade do trabalhador diante de tal panorama.

6. A intermediação de pessoa jurídica de direito privado – ‘câmara de arbitragem’ – quer na solução de conflitos, quer na homologação de acordos envolvendo direitos individuais trabalhistas, não se compatibiliza com o modelo de intervencionismo estatal norteador das relações de emprego no Brasil. [...]” (TST, SDI-I, E-ED-RR nº 25900-67.2008.5.03.0075, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 16.04.2015, DEJT 22.05.2015)

“ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. 1. A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. 2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da

homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.” (TST, SDI-I, E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 30.03.2010)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha se manifestando no sentido de que a aplicabilidade da arbitragem como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas constituiria matéria de natureza infraconstitucional, relacionada à interpretação conferida aos dispositivos da Lei nº 9.307/96, o que acabava por inviabilizar, inclusive, o manejo de recursos extraordinários. Isso conferia ainda maior relevância à interpretação predominante no TST sobre o tema.

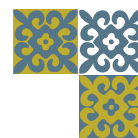
No ano de 2015, a Lei nº 13.129 tentou introduzir o §4º ao art. 4º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), com o intuito de possibilitar a estipulação de cláusula compromissória em contrato de trabalho envolvendo empregado que ocupasse ou viesse a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário. O dispositivo previa, contudo, que a cláusula compromissória só teria *eficácia* se o empregado tomasse a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordasse expressamente com a sua instituição, *verbis*:

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

No que se refere aos contratos de adesão, o art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96, já previa que a eficácia da cláusula compromissória (ou seja, a possibilidade de que a cláusula produza efeitos) encontra-se condicionada ao fato de o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.

No entanto, o acima transcrito art. 4º, §4º (dispositivo que tentava autorizar a arbitragem como meio de solução de conflitos individuais de trabalho) foi objeto de veto assinado pelo então Vice-Presidente da República Michel Temer, que seguiu recomendação do Ministério do Trabalho e Emprego. As razões expressas para o veto foram as seguintes:

“O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral.”



Com a manutenção do veto, ganhou ainda mais força o entendimento – que já era majoritário na jurisprudência – no sentido da incompatibilidade da arbitragem com as lides individuais trabalhistas.

No entanto, ao introduzir o art. 507-A ao texto da CLT, a Reforma Trabalhista levada a efeito pela Lei nº 13.467/2017 reacendeu o debate quanto à aplicabilidade da arbitragem como medida extrajudicial de solução de conflitos individuais na esfera trabalhista.

As disposições do novo art. 507-A merecem ser analisadas sob diferentes aspectos.

De acordo com a redação utilizada, a estipulação de cláusula compromissória é permitida em contratos envolvendo empregados que percebam remuneração mensal superior a duas vezes o valor do benefício mais alto pago pelo Regime Geral de Previdência Social. Em termos práticos, a previsão da resolução de conflitos pela via arbitral será possível para empregados com remuneração superior a R\$11.291,60, de acordo com os valores vigentes em 2018 (Portaria MF nº 15, publicada no DOU de 17.01.2018, cujo artigo 2º estabelece o teto previdenciário no valor de R\$5.645,80).

Diferentemente do critério previsto no art. 444, parágrafo único, da CLT, o art. 507-A não condiciona a possibilidade de inserção de cláusula compromissória ao fato de o empregado possuir diploma de nível superior.

O dispositivo faz uso, ainda, do termo “remuneração” (conceito mais abrangente do que o de “salário”, utilizado no mencionado art. 444, parágrafo único), uma vez que a remuneração abrange o complexo de prestações habitualmente recebidas pelo empregado, o que engloba prestações em dinheiro ou em utilidades provenientes do empregador ou de terceiros. Logo, de acordo com a literalidade dessas inovações legislativas, a possibilidade de adoção da arbitragem abrangerá um número maior de trabalhadores do que a liberdade contratual preconizada pelo art. 444, parágrafo único.

Quando da tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados, ao justificar a inserção de dispositivo que possibilitava a utilização de arbitragem em conflitos individuais, o Relator Deputado Rogério Marinho ressaltou que teria tido “o cuidado de não permitir indiscriminadamente a todos os empregados, uma vez que a sua fundamentação perpassa pela equivalência entre as partes”. No entanto, o critério exclusivamente econômico que o legislador optou por adotar (baseado apenas no requisito da remuneração superior ao dobro do teto de benefícios do RGPS) está longe de assegurar ou garantir minimamente qualquer equivalência entre as partes na negociação ou na estipulação das cláusulas contratuais.

Ainda que o empregado conte com remuneração superior ao dobro do teto de benefícios do RGPS, na grande maioria das vezes o estado de subordinação inerente à procura pelo emprego (e à necessidade de sua manutenção como única ou principal fonte de subsistência) acaba por relativizar e mitigar a autonomia na estipulação de cláusulas contratuais, inclusive na eventual pactuação de cláusula compromissória. Isto é, na maior parte dos casos, o empregado não terá quaisquer condições de efetivamente negociar ou interferir na redação das cláusulas contratuais. Na expressão de origem anglo-saxônica,

a proposta contratual de emprego é analisada basicamente na forma do “take-it-or-leave-it” (ou seja, “é pegar ou largar”).

Veja-se, porém, que o art. 507-A utilizou o conceito de cláusula compromissória e previu a possibilidade de sua pactuação *desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*.

Como já ressaltado, a cláusula compromissória é negócio jurídico em que se estipula a resolução pela via arbitral antes mesmo da existência de qualquer conflito. A redação do dispositivo acrescido à CLT – desta feita objeto de sanção pelo Presidente da República – se assemelha e se inspira, em certa medida, no já mencionado art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96, segundo o qual, nos contratos de adesão, *a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição*.

A inspiração na disciplina dos contratos de adesão não é por acaso, como veremos mais adiante. Na maior parte das vezes, não será necessário ir muito longe para se saber que a inserção da cláusula compromissória decorrerá de uma mera imposição do empregador – ainda que o texto da cláusula se encontre em relevo, esteja redigido em instrumento apartado, conte com assinatura destacada do trabalhador ou obedeça a qualquer outra formalidade.

Apesar de tais aspectos, com vênias respeitosa aos que se posicionam em sentido contrário, e em que pesem as imprecisões na redação do art. 507-A da CLT, nada do exposto até o momento é suficiente a embasar a ideia – até então prevalecente – quanto à absoluta incompatibilidade da arbitragem como meio idôneo para a resolução de conflitos individuais de trabalho, notadamente no que se refere às lides em que se discutem créditos oriundos de relações de trabalho já extintas. Isso porque, uma vez extinto o contrato, os direitos eventualmente violados convertem-se, na maioria das vezes, em direitos de crédito. E tais direitos passam a se inserir na esfera de disponibilidade das partes, seja como direitos patrimoniais disponíveis ou como reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis. Tanto é assim que o ordenamento jurídico permite – e os Tribunais inclusive chancelam e incentivam – a transação em conflitos individuais de trabalho.

Como ressalta Iara Alves Cordeiro Pacheco, direitos indisponíveis seriam aqueles irrenunciáveis, intransigíveis, imprescritíveis, em relação aos quais a revelia não se induz e a confissão não produz efeitos.

Por outro lado, no que se refere às lides trabalhistas, o obreiro pode optar por não acionar a parte contrária e há previsão expressa de prazo prescricional aplicável para o exercício do direito de ação correspondente (art. 7º, XXIX, CRFB/88).

Além disso, no processo do trabalho, é pacífica a aplicação do instituto da confissão, embora os artigos 345, II, e 392, do CPC/2015, textualmente prevejam a inexistência de confissão quanto a direitos reconhecidamente indisponíveis (neste sentido, vejam-se as Súmulas nº 9 e 74 do TST).



No ordenamento jurídico pátrio, não há, ademais, vedação expressa à utilização da arbitragem em lides individuais de trabalho. Tampouco há qualquer dispositivo que restrinja a apreciação desses litígios exclusivamente à Justiça do Trabalho. Como se sabe, se a lei não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Ao contrário, o art. 3º, §1º, do CPC/2015, é expresso ao estabelecer que *é permitida a arbitragem, na forma da lei* e o art. 507-A da CLT vem agora expressamente consagrar a aplicabilidade do instituto aos conflitos individuais de trabalho.

Embora bem menos frequentes, não se pode ignorar também a existência de casos em que os elementos da hipossuficiência ou vulnerabilidade econômica e jurídica do empregado se revelam de forma bastante mitigada ou rarefeita, como nos casos envolvendo diretores empregados e altos executivos de instituições financeiras ou de empresas multinacionais (ditos *C-Levels*), com vultuosos ganhos mensais e elevado grau de *expertise* e conhecimento técnico em sua área de atuação. Como salienta Reinaldo De Francisco Fernandes, “quanto maior a autonomia do empregado, menor será a intervenção estatal, ou seja, a autonomia é a razão direta da (in)disponibilidade dos direitos da relação de emprego”.

Mauro Schiavi também é assertivo ao sustentar que “para algumas espécies de contratos de trabalho ou de emprego em que o trabalhador apresente hipossuficiência mais rarefeita, como os altos empregados, a arbitragem poderá ser utilizada, desde que seja espontânea a adesão do trabalhador, e após cessado o contrato de trabalho”.

A arbitragem, tal como já ocorre em inúmeros outros países, poderá trazer importantes contribuições à resolução de lides individuais trabalhistas, especialmente em casos que versem sobre matérias altamente especializadas, quando as partes poderão eleger árbitros que possuam elevado conhecimento técnico sobre determinada área do saber. O instituto pode, ainda, garantir confidencialidade ao procedimento, o que beneficiará a preservação da intimidade e privacidade dos envolvidos, bem como evitará prejuízos a empregados que desejem se recolocar no mercado de trabalho. A celeridade e a incorribilidade das decisões também são aspectos que, em muitos casos, poderão significar vantagens do procedimento arbitral como um meio eficaz e eficiente para a resolução de conflitos individuais trabalhistas.

Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento apontam que a utilização da arbitragem como mecanismo heterônomo de solução de conflitos está presente em quase todos os países, embora com maior ou menor amplitude, “sendo difícil encontrar um país no qual os conflitos trabalhistas não possam ser decididos por esse meio”.

Dessa forma, em que pese a redação e os critérios adotados pelo art. 507-A sejam criticáveis sob diferentes aspectos, entendemos que a arbitragem, a princípio, é meio válido para a resolução de conflitos individuais trabalhistas nos quais se discutam, após a cessação do contrato de trabalho, direitos situados na esfera de disponibilidade das partes (sejam eles direitos disponíveis ou reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis). Concordamos com a doutrina portuguesa de Manuel Barradas, para quem “claramente, os direitos laborais, cujo litígio a eles relativos seja submetido à arbitragem após ter

cessado a relação laboral e que tenham natureza meramente econômica ou patrimonial, são arbitráveis”.

Resta-nos, portanto, avançar quanto à análise da melhor interpretação a ser conferida aos termos do novo dispositivo incluído à CLT.

Em matéria trabalhista, obviamente, a utilização da arbitragem demandará redobrada cautela e cuidado, sobretudo por conta da principiologia e institutos inerentes a tal seara jurídica.

Como já mencionado em linhas anteriores, o critério exclusivamente econômico que o legislador optou por adotar no art. 507-A (cuja cientificidade não é clara, baseada apenas no requisito da remuneração superior ao dobro do teto do RGPS) está longe de assegurar ou garantir minimamente qualquer equivalência entre as partes na negociação ou na estipulação das cláusulas contratuais, especialmente no que diz respeito à eventual inclusão de cláusula compromissória, pactuada antes mesmo da efetiva existência de um conflito.

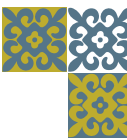
Ainda que envolva empregado com remuneração superior a R\$11.291,60, o contrato de trabalho não deixa de ser, com raras exceções, um verdadeiro contrato de adesão, sem maior liberdade ou margem de interferência do trabalhador na estipulação de suas cláusulas. Como ressaltam Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, o contrato empregatício é provavelmente o mais importante contrato de adesão que se conhece no sistema econômico e social contemporâneo.

Não por acaso, como já visto, a redação do art. 507-A buscou inspiração na disciplina dos contratos de adesão (art. 4, §2º, da Lei nº 9.307/96), ao estabelecer a possibilidade de estipulação de cláusula compromissória *desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*.

Note-se: o dispositivo acrescido à CLT faz expressa remissão à disciplina da Lei nº 9.307/96. Ademais, estabelece os requisitos da *iniciativa do empregado* ou sua *concordância expressa*, sem, contudo, estabelecer parâmetros para o preenchimento desses requisitos, o que poderá ensejar interpretações diversas e, conseqüentemente, considerável insegurança jurídica.

Pelo fato de o contrato de trabalho se tratar, em regra, de um contrato de adesão, e de acordo com interpretação lógico-sistemática – realizada em cotejo com o disposto no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 –, entendemos que a *iniciativa do empregado* ou sua *concordância expressa* não são meros requisitos de validade da cláusula compromissória (a serem preenchidos quando da celebração do negócio jurídico), mas sim condição para a sua *eficácia* (esta entendida como a aptidão da cláusula compromissória para produzir efeitos concretos).

Isto é, uma vez surgido o conflito de interesses, somente haverá possibilidade de a cláusula compromissória produzir efeitos (campo da *eficácia*) em duas hipóteses: (i) caso



a *iniciativa* para instauração concreta da arbitragem parta livremente do próprio trabalhador aderente; ou (ii) caso a iniciativa para instauração da arbitragem parta do empregador, hipótese em que o trabalhador deverá manifestar sua *concordância expressa* com a utilização dessa via para a resolução do litígio (a concordância deve ser manifestada de forma explícita e inequívoca perante o juízo arbitral, pois o silêncio, neste caso, não pode ser interpretado como anuência).

Em todos os casos, se o trabalhador optar pela via judicial para resolução do litígio, o empregador não poderá se opor a tal escolha. Ou seja, de acordo com a interpretação ora proposta, é possível a celebração de convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) no âmbito de uma relação individual de trabalho, tal qual previsto no art. 507-A da CLT. No entanto, isso não pode impedir que o trabalhador tenha acesso ao Poder Judiciário, se assim desejar.

Note-se que o art. 507-A não traz qualquer previsão sobre qual parte arcará com as despesas para instauração e realização do procedimento arbitral. Ademais, de acordo com o art. 13, §7º, da Lei nº 9.307/96, o árbitro ou tribunal arbitral poderá determinar o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Devido ao fato de os custos do procedimento arbitral serem, em geral, consideravelmente mais elevados do que aqueles inerentes às reclamações trabalhistas, não se pode impedir que o trabalhador, se assim desejar, opte pela via judicial.

Tal interpretação se mostra consentânea com o princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), com a garantia de assistência jurídica gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CRFB/88) e com o princípio da proteção que norteia o Direito do Trabalho. Não impede, contudo, o necessário respeito à liberdade individual e ao livre desígnio das partes que – de maneira válida, sincera e espontânea – manifestarem o intuito de submeter determinado conflito à resolução pela via da arbitragem (que pode ser meio eficaz, eficiente e adequado para análise da contenda individual).

A interpretação ora proposta evitaria, ainda, inúmeras discussões acerca da efetiva higidez na manifestação de vontade do trabalhador quanto à convenção de arbitragem. Como já ressaltado, a celebração dos contratos individuais de trabalho se dá, em regra, em ambiente no qual falta liberdade real para a estipulação de cláusulas pelo trabalhador. Além disso, a mera observância de determinada formalidade (como a inserção de texto em relevo, redação da cláusula em instrumento apartado, ou assinatura destacada do trabalhador), em que pese desejável, por si só não é suficiente a demonstrar a livre manifestação de vontade quanto à sincera e espontânea escolha da via arbitral, especialmente face aos princípios da proteção e da primazia da realidade que norteiam o Direito do Trabalho.

No âmbito das relações de consumo, ressalte-se que o art. 51, VII, do CDC, estabelece a nulidade de cláusula contratual que determine a utilização compulsória da arbitragem.

É bastante oportuna e pertinente, aqui, a analogia com o Direito do Consumidor, pois seara em que as partes geralmente negociam em situação de desnível jurídico-

econômico e onde frequentes os contratos de adesão, tal qual ocorre nas relações individuais de trabalho.

Não é outro o entendimento do STJ, que – ao interpretar o art. 51, VII, do CDC e o art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 – tem reiteradamente condicionado a eficácia da cláusula compromissória ao fato de (i) o próprio aderente (consumidor) tomar a iniciativa de instituir a arbitragem; ou (ii) o consumidor, quando da instauração da arbitragem, manifestar, de forma clara e explícita, sua concordância com a utilização dessa via para resolução do conflito.

O STJ, portanto, entende possível a inserção de cláusula compromissória em contrato de adesão derivado de uma relação de consumo, tal qual previsto no art. 4, §2º, da Lei nº 9.307/96. No entanto, a *eficácia* da cláusula (esta entendida como sua possibilidade de produzir efeitos) fica condicionada ao preenchimento de uma das condições já referidas (iniciativa do consumidor para instituição da arbitragem ou manifestação de sua concordância expressa). Em todos os casos, face à vedação quanto às cláusulas que determinem utilização compulsória da arbitragem (art. 51, VII, CDC), não se pode impedir que o consumidor tenha acesso ao Poder Judiciário, se assim desejar (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

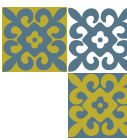
Note-se que, de acordo com o STJ, a *iniciativa* para instauração concreta da arbitragem deve partir livremente do próprio consumidor (aderente) ou, caso tal iniciativa parta do fornecedor, o aderente deverá manifestar sua *concordância expressa* com a utilização dessa via para resolução do litígio (a concordância deve ser manifestada de forma explícita, taxativa e sem vícios perante o juízo arbitral, pois o silêncio, para o STJ, não pode ser interpretado como anuência).

Felipe Bernardes aponta que o texto do art. 507-A da CLT – embora tenha previsto de forma atécnica a possibilidade de cláusula compromissória “por iniciativa do empregado” – é bastante semelhante à redação utilizada pelo STJ em seus acórdãos, e chega a dizer que o novo dispositivo celetista teria buscado inspiração na jurisprudência da referida Corte Superior.

Realmente, considerada a similitude dos requisitos relativos à iniciativa da parte aderente (oblato) quanto à instituição da arbitragem ou a manifestação de sua concordância expressa (art. 507-A da CLT e art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96), e consideradas as características semelhantes entre os contratos que envolvem relações de emprego e aqueles relativos às relações de consumo (geralmente marcados pela vulnerabilidade jurídica de uma das partes), a análise da jurisprudência já desenvolvida no âmbito do STJ adquire grande relevância e pode servir como valoroso norte interpretativo para o ramo trabalhista.

Neste sentido, a confirmar os critérios interpretativos acima descritos, passo a transcrever alguns importantes julgados de lavra do STJ no que se refere à existência de convenção de arbitragem em contratos de adesão e em relações de consumo:

“[...] 6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo polícitante depende da ratificação expressa do oblato



vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em que o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.

7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula [...]” (STJ, 4ª T, REsp nº 1.189.050/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016, v.u., DJE 14.03.2016).

“[...] 5. O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.

6. Na hipótese sob julgamento, a atitude da recorrente (consumidora) de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória.” (STJ, 3ª T, REsp nº 1.628.819/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 27.02.2018, v.u., DJE 15.03.2018)

“[...] Verifica-se às fls. 13-35 (e-STJ) que o contrato anexado aos autos é um contrato de adesão. Sendo assim, o entendimento do Tribunal *a quo* está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que só haverá falar em eficácia da cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto, confirmando a intenção da eleição de outrora. [...]” (STJ, REsp nº 1.649.252/GO, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 10.02.2017, decisão monocrática, DJE 08.03.2017)

“1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica,

contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96.

2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. (...)” (STJ, 3ª T, REsp nº 1.169.841/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 06.11.2012, v.u., DJE 14.11.2012)

A utilização da arbitragem na resolução de conflitos individuais trabalhistas será, ainda, certamente objeto de ampla discussão na literatura jurídica e nas decisões dos Tribunais brasileiros. Conforme assevera Homero Batista, “haverá grande controvérsia judicial a respeito, haja vista que, em casos análogos, a Justiça do Trabalho não aceitou essa forma alternativa de solução de conflito por entender que os créditos trabalhistas se inserem no contexto dos direitos indisponíveis, matéria infensa à arbitragem conforme disposto na Lei nº 9.307/1996”.

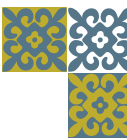
No entanto, ao nos filiar-mos à corrente doutrinária que admite, a princípio, a aplicabilidade da arbitragem para a resolução de tais conflitos – notadamente aqueles referentes a relações de trabalho já extintas onde se discutem apenas direitos patrimoniais disponíveis ou reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis –, torna-se imperioso estabelecer uma interpretação que analise de forma sistêmica e harmonize o conteúdo do artigo 507-A da CLT com os termos da Lei nº 9.307/96 (em especial seu art. 4, §2º), com o princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), com a garantia de assistência jurídica gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CRFB/88), e com a principiologia própria inerente ao Direito do Trabalho.

Face à revogação do art. 477, §1º, da CLT pela Lei nº 13.467/2017, há de se ressaltar também que o instituto da arbitragem e as Câmaras arbitrais não podem se prestar, em todo caso, para a perpetração de fraudes. A escolha da via arbitral pressupõe obviamente a efetiva existência de um conflito de interesses, o qual poderá obter solução adequada, célere e eficiente através de tal mecanismo.

A busca da arbitragem com o simples intuito de pagar verbas rescisórias e obter quitação geral quanto ao extinto contrato – a fim de evitar e inviabilizar qualquer discussão posterior quanto a direitos trabalhistas – é prática eivada de evidente nulidade e, como tal, deve ser coibida.

Os próprios autores entusiastas da arbitragem já reconheciam a impossibilidade de utilização do instituto para a simples quitação de verbas rescisórias. Veja-se, neste sentido, o que já dizia a doutrina de Ana Lúcia Pereira:

“submeter verbas rescisórias à arbitragem é deixar patente e de forma inequívoca a coação e o vício de consentimento, visto que o empregado não tem



alternativa. Não lhe está sendo dada nenhuma alternativa em escolher ou não a arbitragem, pois se considerarmos verbas rescisórias como sendo verbas alimentares, indispensáveis para a sua sobrevivência até que receba novo salário, não terá o empregado opção em dizer que não concorda com a arbitragem. Assim, deve ser a arbitragem utilizada efetivamente como uma escolha para que o empregado possa reivindicar suas pendências, da mesma forma que o faria se estivesse se dirigindo à Justiça do Trabalho, já tendo, inclusive, recebido suas verbas rescisórias, suas guias para sacar o FGTS e o seguro-desemprego. [...]”

Vale lembrar que, em passado recente, a Lei nº 9.958/2000 introduziu à CLT os artigos 625-A a 625-H, para prever a possibilidade de solução extrajudicial de litígios trabalhistas através das chamadas “Comissões de Conciliação Prévia” (CCPs), às quais se atribuiu competência para tentativa de conciliação dos conflitos individuais de trabalho. Segundo redação do art. 625-E, parágrafo único, da CLT, o termo de conciliação lavrado perante a CCP teria *eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressaltadas*.

Contudo, não foi incomum a utilização do instituto de forma desvirtuada, como instrumento para práticas fraudulentas, em que acordos passaram a ser homologados quando sequer havia litígios e, muito menos, concessões mútuas. Dessa forma, na prática, as CCPs foram muitas vezes utilizadas como simples meio para se tentar obter a almejada eficácia liberatória geral.

Diante desse cenário, não foram raras as vezes em que a jurisprudência teve de reconhecer a invalidade de ajustes celebrados perante CCPs, tal qual se verifica nos julgados a seguir transcritos:

“DO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO. FRAUDE EVIDENCIADA. NULIDADE DA AVENÇA. A finalidade das Comissões de Conciliação Prévia, instituídas pelas empresas e sindicatos, é a de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho, nos estritos termos contidos no art. 625-A da CLT. Efetivamente, não podem funcionar como uma instância homologadora de rescisão. Configurada a fraude, imperiosa a declaração de nulidade da avença. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (TRT-6ª Região, 3ª T, RO nº 0001891-29.2015.5.06.0102, Rel. Ana Catarina Cisneiros Barbosa de Araujo, j. 05.06.2017, publicação 08.06.2017)”.

“ACORDO PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. INVALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA EXISTENCIA DE VERBAS DE EXISTENCIA DUVIDOSA OU CONTROVERTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA APENAS PARA PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. A Comissão de Conciliação Prévia constitui meio de solução de conflitos trabalhistas, que possui eficácia extintiva da obrigação, mas, para tanto, deve ser válido o acordo firmado, o que não ocorre no caso. Constitui acordo a solução do conflito en-

tre as partes, através da concessão mútua dos litigantes. Assim, para que se caracterize a transação há necessidade de que a matéria discutida seja controvertida. Segundo Dorval Lacerda, citado por Arnaldo Süssekind, a transação 'é um ato jurídico pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas' (A renúncia no direito do Trabalho, 1943, págs. 91, 179 e 180, *apud* Instituições de Direito do Trabalho, 20ª edição, São Paulo, Editora LTr, 2002, p. 207). Assim, a dúvida ou controvérsia acerca da pretensão da parte constitui requisito indispensável à validade da transação." (TRT-2ª Região, 4ª T, RO nº 0002520-43.2011.5.02.0073, Rel. Ivani Contin Bramante, j. 09.12.2014, publicação 09.01.2015).

Ao regulamentar a lei, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria nº 329/2002, em que fixava o seguinte entendimento:

Art. 11. A conciliação deverá cingir-se a conciliar direitos ou parcelas controversas. Parágrafo único. Não pode ser objeto de transação o percentual devido a título de FGTS, inclusive a multa de 40% sobre todos os depósitos devidos durante a vigência do contrato de trabalho, nos termos da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

Assim, conforme jurisprudência, e consoante interpretação conferida pelo próprio Poder Executivo, somente seria válido um acordo celebrado perante CCP no qual, de fato, houvesse efetiva transação (o que pressupõe a existência de concessões recíprocas), e não apenas renúncia a direitos ou submissão de uma parte à outra. Por óbvio, é ainda importante a própria existência de uma relação litigiosa e de efetiva controvérsia quanto às parcelas devidas, não podendo o instituto servir como simples meio de se obter quitação geral quanto ao extinto contrato e, assim, como um obstáculo de acesso à Justiça.

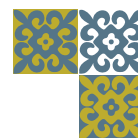
A análise dessas experiências pretéritas mostra-se relevante, a fim de que não se repitam – através de novos institutos incorporados à CLT, como é o caso da arbitragem – os mesmos erros do passado, o que poderá também gerar declarações de nulidade e conseqüente desuso.

Tal qual verificado na experiência das CCPs, o funcionamento de Câmaras arbitrais como meros agentes homologadores de rescisão de contratos de trabalho – sem que haja efetivamente uma relação jurídica duvidosa, e mediante inserção de cláusulas de quitação geral – constitui completo e absoluto desvirtuamento, além de fraude e flagrante nulidade.

Caso o empregador se valha desse instituto com tal (desvio de) finalidade, eventuais decisões proferidas ou acordos celebrados em sede arbitral poderão ter sua validade eventualmente questionada perante o Poder Judiciário.

3. Conclusão

Uma vez extinto o contrato de trabalho, os direitos eventualmente violados convertem-se, na maioria das vezes, em direitos de crédito, com nítido viés econômico.



E tais direitos passam a se inserir na esfera de disponibilidade das partes, seja como direitos patrimoniais disponíveis, seja como reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis. Os conflitos de interesses relativos a tais direitos são, a princípio, solucionáveis através do instituto da arbitragem.

No que se refere às disposições contidas no novo art. 507-A da CLT, entendemos que, além de a cláusula compromissória somente ser possível em contratos envolvendo empregados que percebam remuneração superior a duas vezes o teto de benefícios do RGPS, a produção de efeitos da cláusula dependerá da iniciativa do trabalhador para instituição da arbitragem ou da manifestação de sua concordância clara, expressa e inequívoca.

No mesmo sentido da interpretação adotada pelo STJ quanto ao art. 4, §2º, da Lei nº 9.307/96, e art. 51, VII, do CDC, entendemos que, após o surgimento efetivo do conflito, a *iniciativa* para instauração concreta da arbitragem deve partir livremente do próprio aderente (no caso, o trabalhador) ou, se a iniciativa para instauração da arbitragem partir do empregador ou tomador de serviços, o trabalhador deverá manifestar sua *concordância expressa* com a utilização dessa via para resolução do litígio (a concordância deve ser manifestada de forma explícita, taxativa e sem vícios perante o juízo arbitral, pois o silêncio, para o STJ, não pode ser interpretado como anuência).

Ou seja, a *iniciativa do empregado* ou a manifestação de sua *concordância expressa* (requisitos estabelecidos no art. 507-A da CLT) não são meros requisitos de validade da cláusula compromissória (a serem preenchidos quando da celebração do negócio jurídico), mas sim condição para a sua *eficácia* (esta entendida como a aptidão da cláusula compromissória para produzir efeitos concretos) e deverão ser atendidos já depois do efetivo surgimento do conflito.

De toda forma, se o trabalhador optar pela via judicial para resolução do litígio, o empregador não poderá se opor a tal escolha.

Tal interpretação se mostra consentânea com o princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), com a garantia de assistência jurídica gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CRFB/88), com o princípio da proteção que norteia o Direito do Trabalho e com a jurisprudência do STJ relativa à arbitragem em relações de consumo (seara também marcada pela vulnerabilidade jurídica de uma das partes). Não impede, contudo, o necessário respeito à liberdade individual e ao livre desígnio das partes que – de maneira válida, sincera e espontânea – manifestarem o intuito de submeter determinado conflito à resolução pela via da arbitragem, que pode ser meio eficaz, eficiente e adequado para análise da contenda individual após a extinção de um contrato de trabalho.

Face à revogação do art. 477, §1º, da CLT pela Lei nº 13.467/2017, o instituto da arbitragem e as Câmaras arbitrais não podem se prestar, em todo caso, para a perpetração de fraudes. A escolha da via arbitral pressupõe obviamente a efetiva existência de um conflito de interesses e de uma relação jurídica duvidosa, em que discutidos direitos disponíveis ou reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis.

A busca da arbitragem, pelos empregadores, com o simples intuito de pagar verbas rescisórias e obter quitação geral quanto ao extinto contrato – a fim de evitar e inviabilizar qualquer discussão posterior, como simples mecanismo para obstaculizar o ajuizamento de ações trabalhistas – é prática eivada de evidente nulidade e, como tal, deve ser coibida. Em termos simples, Câmaras arbitrais não podem servir como agentes homologadores de rescisões contratuais, pagamento de verbas rescisórias e meio de restrição de acesso à Justiça, sob pena de total desvirtuamento do instituto.

4. Referências

ALLAN, Nuredin Ahmad. A arbitragem e a figura do trabalhador hipersuficiente. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani [coord.], Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018, p. 195-197.

BARRADAS, Manuel. Manual de Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010.

BERNARDES, Felipe. Manual de Processo do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016, do Poder Executivo. Relatório do Deputado Federal Rogério Marinho. Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961, acesso em 25.04.2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães [et al.]. Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018.

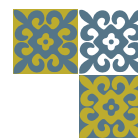
E SILVA, Bruno Freire. A reforma processual trabalhista e o acesso à Justiça. Rio de Janeiro, 2018. No prelo.

FERNANDES, Reinaldo de Francisco. O direito do trabalho como direito (in)disponível e a autonomia da vontade nos contratos de trabalho. In: MANNRICH, Nelson; FERNANDES, Reinaldo de Francisco (coord.). Temas contemporâneos de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 189-200.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O artigo 507-A da CLT: constitucionalidade e aplicação. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 921-941.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma trabalhista, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MILANI, Fabio Rodrigo. A inaplicabilidade da cláusula compromissória aos contratos individuais de trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani [coord.], Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018, p. 186-194.



MOURA, Marcelo. Reforma trabalhista: comentários à Lei nº 13.467/2017. Salvador: JusPodivm, 2018.

NASCIMENTO; Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de direito processual do trabalho, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: LTr, 2003.

PEREIRA, Ana Lúcia. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 23, out.-dez.2009, p. 89-108.

PEREIRA, Leone. Arbitragem e os reflexos da reforma trabalhista. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique [org.]. A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 907-919.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Aplicabilidade da arbitragem nas lides individuais de trabalho. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique [org.]. A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 891-905.

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17, 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de [et al]. Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017, 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-285_q8l1.pdf>, acesso em 25.05.2018.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas no Direito brasileiro. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 483-502.

A impossibilidade material da coexistência da autonomia da vontade coletiva e a persecução da justiça no âmbito laboral - análise de efeitos da Reforma Trabalhista

Juliana Reis de Faria ¹

Prof. Me. Vander Luiz Pereira Costa Junior²

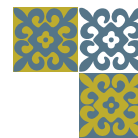
Resumo: O conjunto de alterações realizadas na legislação trabalhista pela Lei. 13.467 de 2017 serviu para sepultar de uma vez o princípio da equivalência dos entes coletivos. Com a referida lei, ao mesmo tempo que foi dado aos sindicatos o poder de criar uma norma coletiva com alguns pontos de hierarquia superior à legislada, foi criado um pacote de medidas que enfraquecem o ser coletivo obreiro, tais como a contribuição sindical facultativa, a vedação à ultratividade da norma coletiva e a consagração do princípio da intervenção mínima na vontade dos seres coletivos, que limita a atuação da justiça do trabalho. O presente artigo busca analisar a formação da vontade coletiva oriunda do sistema sindicalista brasileiro atual, no qual ainda vigora o princípio da unicidade sindical, alcançando os efeitos da Reforma Trabalhista no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho. Inicialmente, foram abordadas as diferentes formas com que os ramos do direito do trabalho encaram a questão da disponibilidade dos direitos trabalhistas. Em seguida, foi feito um contraponto do modelo sindical brasileiro com o sindicalismo ideal da OIT. Por fim, foram abordadas as mudanças trazidas com a nova legislação. Esse artigo trata sobre como os sindicatos serão enfraquecidos - o que comprometerá a vontade coletiva pactuada por estes -, visando demonstrar como as normas coletivas sempre se encontrarão viciadas, posto que firmadas por seres coletivos hipossuficientes.

Palavras-chave: Autonomia da Vontade Coletiva. Direito do Trabalho. Sindicalismo. Reforma Trabalhista.

Sumário: 1. Introdução. 2. Diferenças entre Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho. 3. O modelo sindical da OIT. 3.1 As garantias previstas na Convenção N. 87 da OIT. 3.2 Pluralidade Sindical. 3.3 Liberdade sindical e a equivalência entre os entes coletivos. 4. O modelo sindical brasileiro. 4.1 A decisão de não ratificação da Convenção N. 87. 4.2 Das antinomias entre o modelo sindical brasileiro e o panorama constitucional de 1988. 4.3 A natureza híbrida do modelo sindical brasileiro. 5. O sindicalismo com a Reforma Trabalhista. 5.1 Prevalência do negociado sobre o legislado. 5.2 Intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. 5.3 Vedação à ultratividade. 5.4 Contribuição Sindical Facultativa. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

¹ Orientanda do Prof. Me. Vander Luiz Pereira Costa Junior no Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador em 2017.2.

² Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador, na linha Trabalho e Questão Social. Membro do Núcleo de Estudos do Trabalho (NET) desta mesma instituição. Possui especialização em Direito do Estado pelo Juspodivm (2012), especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia (2011). Docente nas disciplinas Direito e Processo do Trabalho, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da UCSal - Universidade Católica de Salvador.



1. Introdução

Frente o atual cenário jurídico brasileiro, marcado por inúmeras reformas estruturais realizadas pelo Poder Legislativo de forma imprudente e precipitada, visando apenas cumprir uma agenda política espúria, urge a necessidade de um estudo aprofundado sobre as mudanças impostas.

O presente trabalho analisa os impactos da Lei nº 13.467 - Reforma Trabalhista - nas relações de Direito Coletivo do Trabalho, demonstrando a impossibilidade material de coexistirem a autonomia da vontade coletiva, materializada através dos Acordos e Convenções Coletivas, e a perseguição da justiça para o trabalhador, no novo panorama justralhista brasileiro.

Esta pesquisa foi fundamentada por um processo indutivo, que consiste na exploração e descrição, para a construção de perspectivas teóricas. Para tanto, foram utilizados livros de diversos autores, dentre eles, Maurício Godinho Delgado e Vólia Bonfim Cassar.

A importância desse estudo decorre da urgente necessidade de instrumentalizar o operariado na defesa dos direitos que lhes poderão ser retirados com a vigência da nova lei.

Assim, o objetivo deste artigo é propor uma reflexão aprofundada sobre o sistema sindical brasileiro, de modo a contribuir com o fim da utilização das normas coletivas contra o próprio trabalhador, demonstrando como a vontade coletiva já nasce viciada e, portanto, jamais deveria ter o condão de suprimir ou transacionar direitos reconhecidos pela legislação trabalhista brasileira.

2. Diferenças entre Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho

O Direito do Trabalho é ramo jurídico especializado que se apresenta em duas dimensões: o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho.

Nas palavras de Vólia Bomfim Cassar (2016, p. 9), o primeiro “caracteriza-se pela existência de uma relação jurídica cujos interesses são concretos tanto dos trabalhadores quanto dos empresários, analisados de forma individual”, enquanto o segundo “foca os interesses abstratos do grupo”.

Como ensina Maurício Godinho Delgado:

O Direito Individual do Trabalho trata da regulação do contrato de emprego, fixando direitos, obrigações e deveres das partes, vinculando esse ramo ao objetivo histórico de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no sistema socioeconômico. Trata, também o Direito Individual do Trabalho, por exceção, de outras relações laborativas especificamente determinadas em lei.

O Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, regula as relações inerentes à chamada autonomia privada coletiva, isto é, relações entre organizações

coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores. (2013, p. 71)

Muito embora sejam espécies distintas de um gênero autônomo, o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho possuem regras, princípios e normas próprias que os diferenciam, impossibilitando qualquer confusão entre eles.

São próprios do Direito Individual do Trabalho princípios como o da proteção; o da norma mais favorável; o da imperatividade das normas trabalhistas; o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o da primazia da realidade sobre a forma.

Já o Direito Coletivo do Trabalho tem princípios como o da liberdade associativa e sindical; o da autonomia sindical; o da equivalência dos contratantes coletivos e o da lealdade e transparência na negociação coletiva.

Como pode ser evidenciado, as matrizes principiológicas das duas dimensões do Direito do Trabalho se apresentam de forma completamente diferentes.

É que, na relação de emprego, o sujeito empregador reconhecidamente seria um ser coletivo, ou seja, sua vontade seria “hábil a detonar ações e repercussões de impacto social, seja certamente no âmbito da comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo” (DELGADO, 2009, p.1180), vez que a concretização da vontade empresarial teria o condão de impactar diretamente no conjunto social ao seu redor.

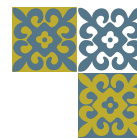
Por sua vez, o sujeito empregado teria vontade meramente individual, cujos efeitos seriam incapazes de atingir além dos integrantes do vínculo contratual, isto é, o próprio empregado e seu respectivo empregador.

A desigualdade material entre esses sujeitos explica a matriz principiológica essencialmente protetiva que fez do Direito Individual do Trabalho um ramo “caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana na relação de emprego” (DELGADO, 2009, p.1195).

Em contrapartida, o Direito Coletivo foi construído partindo-se do pressuposto de que os sujeitos coletivos seriam equivalentes, vez que a hipossuficiência do sujeito obreiro seria suprida pela sua organização em sindicatos.

Essa equivalência entre os sujeitos tem importância fundamental, tanto que boa parte dos princípios de Direito Coletivo do Trabalho são dedicados a assegurar a existência do ser coletivo obreiro, até mesmo porque o ser coletivo empresarial tem sua existência assegurada em sua própria natureza.

O fato é que os princípios do Direito Coletivo do Trabalho foram construídos “em torno da noção de ser coletivo e das prerrogativas e papéis assumidos por tais sujeitos no contexto de suas relações recíprocas e em face dos interesses que representam” (DELGADO, 2009, p. 1196).



Da proteção ao trabalhador inata ao Direito Individual do Trabalho decorre o Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, que “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato” (DELGADO, 2009, p. 186).

Seria essa indisponibilidade “o veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego” (DELGADO, 2009, p. 186).

Entretanto, essa indisponibilidade não é absoluta a todos os direitos trabalhistas, posto que existem os direitos patrimoniais trabalhistas de caráter privado e os direitos de caráter público.

Os direitos patrimoniais trabalhistas de caráter privado, nas palavras de Vólia Bomfim Cassar, são “os direitos suscetíveis de serem avaliados em dinheiro, isto é, aqueles em que é possível se atribuir valoração econômica, expressão monetária” (CASSAR, 2016, p. 205). Seriam esses direitos disponíveis, pois particulares.

De outra face, os direitos de caráter público seriam indisponíveis pois:

São controlados pelo Estado com maior ou menor intensidade, por protegerem interesses públicos. Não derivam da autonomia da vontade da parte e sim de imposição legal feita através de normas cogentes, impostas pelo Estado para tutelar algum interesse social” (CASSAR, 2016, p. 205)

Para Cassar, “todos os direitos trabalhistas previstos na lei são indisponíveis, imperativos, e só poderão ser disponibilizados quando a lei assim autorizar” (2016, p. 205).

Diferentes seriam os direitos “criados através do contrato de trabalho, regulamento interno de empresa, convenção ou acordo coletivo, isto é, de forma autônoma e privada, em que impera a vontade dos contratantes” (CASSAR, 2016, p. 206), muito embora a CLT também imponha como limite a essa negociação a existência de prejuízo ao empregador.

Sobre o mesmo tema, Maurício Godinho criou uma divisão diferente, ensinando que pode ser feita uma distinção entre “direitos imantados por indisponibilidade absoluta ao lado de direitos imantados por uma indisponibilidade relativa” (2009, p. 201).

A indisponibilidade absoluta se caracteriza quando o “direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico” (DELGADO, 2009, p. 201) ou “quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria” (DELGADO, 2009, p. 201).

Segundo as lições de Delgado, o segundo critério apresentado evidencia que:

A noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (Direito Individual, pois), parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real. Noutras palavras: a área de indisponibilidade absoluta, do Direito Individual, é, desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo (GODINHO, 2009, p.201).

Em resumo, o que o autor defende é que no Direito Individual do Trabalho os direitos absolutamente indisponíveis se apresentariam em quantidade superior à do Direito Coletivo.

A indisponibilidade relativa, por sua vez, ocorreria quando “o direito focado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico” (DELGADO, 2009, p.201).

Evidente, pois, que o autor, ao tratar de “padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”, se refere às normas trabalhistas previstas na Constituição Federal vigente e na Consolidação das Leis Trabalhistas.

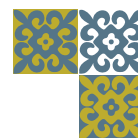
Assim, pode-se seguramente inferir que os direitos de indisponibilidade relativa seriam os direitos patrimoniais trabalhistas de caráter privado, uma vez que estes teriam fonte autônoma e privada, não sendo firmados pela “sociedade política”.

Em uma abordagem direta ao texto constitucional, é explícita a possibilidade de disposição de alguns direitos trabalhistas por meio de convenções ou acordos coletivos.

Essa viabilidade deriva da ideia, já abordada anteriormente, de sujeitos equivalentes, o que explica a mitigação da proteção excessiva, típica do Direito Individual do Trabalho, no Direito Coletivo, vez que a proteção do direito do trabalhador estaria assegurada na existência de um ser coletivo obreiro forte, capaz de lutar em pé de igualdade com o sujeito coletivo empresarial pelos direitos de sua classe.

Por tudo que fora exposto, pode-se afirmar que no Direito Individual do Trabalho vigora de forma plena o princípio da indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas, não podendo o empregado transacionar, tampouco renunciar, o que lhe fora garantido pelo ordenamento jurídico, posto que o empregado, enquanto sujeito individual, não possui capacidade de negociação - motivo pelo qual presume-se como sendo nulo o ato dirigido a disposição de direitos.

De forma quase que antagônica, no Direito Coletivo do Trabalho há uma clara mitigação do princípio da indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas, fruto da ideia de equivalência entre os sujeitos coletivos.



3. O modelo sindical da OIT

O ser coletivo obreiro, representado pelas entidades sindicais, tem singular papel no estudo do Direito Coletivo do Trabalho.

Toda essa importância decorre da constante necessidade de proteção deste sujeito coletivo, vez que “os trabalhadores somente ganham corpo, estrutura e potência de ser coletivo através de suas organizações associativas de caráter profissional, no caso, os sindicatos” (DELGADO, 2011, p.69), enquanto o ser coletivo empresarial tem sua existência assegurada em sua própria natureza, conforme já fora abordado em capítulo anterior.

Por sua vez, a proteção das entidades sindicais materializa-se de forma plena com a ausência de interferência estatal na atividade sindical.

Não foi à toa, portanto, que a Organização Internacional do Trabalho, responsável pela criação e aplicação das normas internacionais do trabalho, adotou, sob a forma de convenções, diversas propostas relativas à liberdade sindical e à proteção ao direito de sindicalização, sendo a mais importante delas a Convenção N. 87, aprovada na 31ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho e ratificada por 108 dos 164 Estados-Membros da Organização.

Autointitulada como a “Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção ao Direito de Sindicalização”, a Convenção N. 87 apresenta, em seus 21 artigos, um padrão internacional para desenvolvimento de um sindicalismo democrático.

Esse padrão internacional democrático estaria pautado em um sindicalismo espontâneo, que se desenvolveria de maneira orgânica, desde que não houvesse qualquer interferência estatal na atividade dos sindicatos.

3.1 As garantias previstas na Convenção n. 87 da OIT

Foi estabelecida, como pré-requisito para a democracia sindical, a liberdade plena dos sindicatos, que se revelaria através de quatro garantias que seriam universais: a liberdade de fundar sindicatos; a liberdade de administração dos sindicatos fundados; a liberdade na atuação dos sindicatos; e a liberdade de filiação ou não a um sindicato.

A liberdade de fundação dos sindicatos, primeira garantia na enumeração supra apresentada, segundo Amauri Mascaro Nascimento:

Prevê o direito de constituir, sem necessidade de prévia autorização do Estado, entidades sindicais, julgadas convenientes pelos próprios interessados, trabalhadores ou empresários, bem como o direito, complementar, de filiação, positivo ou negativo, nessas associações, entendendo-se como direito positivo o de ingressar, e negativo, o de sair da entidade livremente; assim, defende a autonomia da organização sindical perante o Estado, e a livre escolha, individual, de cada pessoa, do sindicato em que pretende inscrever-se como sócio ou do qual quer deixar de ser sócio (NASCIMENTO, 2015, p. 134)

Tal garantia está prevista no artigo 2 da Convenção N.87:

Os trabalhadores e os empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que estimem convenientes, assim como o de filiar-se a estas organizações, com a única condição de observar os estatutos das mesmas.

A liberdade de administração dos sindicatos, por sua vez, garantiria o desenvolvimento da plena autonomia administrativa das associações sindicais.

Com base em tal garantia, os sindicatos poderiam, sem qualquer interferência redigir seus próprios estatutos e regulamentos administrativos, eleger livremente seus representantes, organizar sua administração e suas atividades, bem como formular seu programa de ação, nos termos do artigo 3º, 1, da Convenção em análise.

Quanto à liberdade de atuação dos sindicatos, resta evidenciada no artigo 4 da já citada convenção, na medida em que este dispõe que “As organizações de trabalhadores e de empregadores não estão sujeitas a dissolução ou suspensão por via administrativa”.

Segundo Nascimento, seria uma garantia que teria por finalidade impedir o controle arbitrário da autoridade pública na vida sindical.

Por último, a liberdade de filiação ou não a um sindicato resta evidenciada no artigo 2, na medida em que este prevê o direito de filiação às organizações constituídas por trabalhadores e empregadores, e no artigo 5, que dispõe:

As organizações de trabalhadores e de empregadores têm o direito de constituir federações e confederações, assim como de filiar-se às mesmas e toda organização, federação ou confederação tem o direito de filiar-se a organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores.

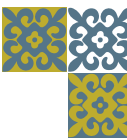
3.2. Pluralidade Sindical

Questão de extrema relevância quando se aborda o tema liberdade sindical é a adoção, ou não, de um sistema pautado na pluralidade sindical.

Atualmente, o pluralismo sindical vigora na maior parte dos países desenvolvidos, tais como França, Itália, Espanha, Inglaterra.

Nos sistemas baseados na pluralidade sindical, os sindicatos podem ser criados de forma livre, orgânica, sem qualquer interferência do Estado, tal como recomendado pela Convenção N. 87 da OIT.

Alguns doutrinadores, defensores da unicidade sindical, entendem, entretanto, que o pluralismo enfraqueceria a luta obreira em defesa dos interesses de sua categoria,



vez que haveria a fragmentação de um único sindicato forte em diversos micro sindicatos, que não teriam força negocial frente a um ser coletivo empresarial forte.

Ocorre que a imposição legal de uma unicidade sindical, tal como ocorre no Brasil, contraria a liberdade de escolha do Obreiro, dando origem a uma grave crise de representatividade.

Sobre o tema, Sérgio Pinto Martins (2006, p. 700), leciona que:

Com a pluralidade sindical, cada um poderia constituir o sindicato que quisesse. Os sindicatos devem ser criados por profissão ou por atividade do empregador, porém livremente. A tendência seria, num primeiro momento, a criação de muitos sindicatos. Posteriormente, as pessoas iriam perceber que muitos sindicatos não têm poder de pressão e iriam começar a se agrupar [por meio da unidade sindical], pois sozinhos não teriam condições de reivindicar melhores condições de trabalho.

O modelo de unidade sindical citado por Martins seria uma das possibilidades decorrentes da pluralidade sindical, não se confundindo, sob hipótese alguma, com a unicidade sindical.

Enquanto a unicidade seria decorrente de imposição Estatal, a unidade sindical seria fruto da livre escolha dos obreiros que, ante um sistema sem interferências externas, podem optar pela formação de um sindicato único, não restando maculada a democracia sindical.

3.3. Liberdade sindical e a equivalência entre os entes coletivos

Para José Francisco Siqueira Neto (1999, p.68 e 81), a liberdade sindical seria um direito político, intimamente ligado à história dos movimentos dos trabalhadores para a obtenção de maiores espaços de participação, tendo como finalidade precípua a viabilização do aparecimento de sindicatos livres e autônomos em relação ao Estado.

Sergio Pinto Martins (2006, p. 682), por sua vez, leciona que:

Liberdade sindical é o direito de os trabalhadores e empregadores se organizarem e constituírem livremente as agremiações que desejarem, no número por eles idealizado, sem que sofram qualquer interferência ou intervenção do Estado, nem uns em relação aos outros, visando à promoção de seus interesses ou dos grupos que irão representar. Essa liberdade sindical também compreende o direito de ingressar e retirar-se dos sindicatos. A liberdade sindical significa, pois, o direito de os trabalhadores e os empregadores se associarem, livremente, a um sindicato [...].

Maurício Godinho Delgado (2011, p.113), ao discorrer sobre as garantias oriundas de normas da OIT, assegura, acertadamente, que “o princípio da liberdade associativa

e sindical determina, portanto, coerentemente, o implemento de regras jurídicas assecuratórias da plena existência e potencialidade do ser coletivo obreiro”.

São essas “regras assecuratórias da plena existência e potencialidade” que, ao fim, equipararão o ser coletivo obreiro ao ser coletivo empresarial, garantindo o equilíbrio na negociação entre tais partes, de forma a honrar o princípio da equivalência dos contratantes coletivos.

É, portanto, o sindicalismo democrático, caracterizado pela liberdade plena conferida aos sindicatos, o único modelo hábil a possibilitar uma efetiva e justa negociação coletiva, por meio de legítima mitigação do princípio da indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas, possível, apenas, em decorrência da equivalência entre os negociantes coletivos.

Qualquer interferência estatal que sirva de óbice ao exercício dessa liberdade plena resultaria em um ente obreiro enfraquecido, com suas finalidades precípua comprometidas, o que representaria grave mácula à vontade coletiva que viesse a ser demonstrada por este.

Da vontade coletiva viciada, resultariam inúmeros prejuízos à paz social, o que explica a enorme preocupação do direito internacional do trabalho em garantir a democracia sindical.

4. O modelo sindical brasileiro

4.1. A decisão de não ratificação da Convenção n. 87

O Brasil, embora esteja entre os membros fundadores da OIT, participando da Conferência Internacional do Trabalho desde a sua primeira reunião, tendo votado, inclusive, de forma favorável ao texto da Convenção N. 87, até então não ratificou o seu texto.

O argumento atualmente utilizado pelas autoridades é a existência de um suposto conflito normativo entre a Constituição Federal de 1988 e o texto da Convenção em questão.

De fato, partindo-se para a análise do texto constitucional, o conflito normativo revela-se incontestado.

Muito embora a Lei Maior vigente tenha ditado diversos avanços ao modelo sindical brasileiro, observa-se ainda a existência de um sindicalismo excessivamente intervencionista, em total desacordo com o modelo estimulado pela OIT.

O inciso II do art. 8º da Constituição Federal, que veda a criação de mais de uma organização sindical na mesma base territorial, por exemplo, representa um claro óbice à liberdade sindical plena, servindo de empecilho à consolidação no Brasil de uma democracia sindical.



Isso porque o sistema de democracia sindical, previsto na Convenção N. 87 da OIT, sustenta “que não cabe à lei regular a estruturação e organização internas aos sindicatos, cabendo a estes eleger, sozinhos, a melhor forma de se instituírem” (DELGADO, 2009, p.1222).

Em outras palavras, enquanto o modelo do sistema sindical brasileiro é o da unicidade, implantado em uma época ditatorial, o da OIT varia entre o pluralismo sindical e a unidade prática de sindicatos (fruto da maturidade sindical, não de imposição de lei), rechaçando, por completo a ideia de interferência estatal na estruturação sindical.

4.2. Das antinomias entre o modelo sindical brasileiro e o panorama constitucional de 1988

O modelo sindical previsto na Constituição Federal de 1988 é tão ultrapassado e inadequado que colide, por diversas vezes, com os princípios fundadores do próprio texto constitucional.

A antinomia mais nítida é a entre a democracia posta e a imposição de um modelo sindical: se o Brasil é definido como Estado Democrático de Direito, sendo, inclusive, a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho e da livre iniciativa fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º da Carta Política de 1988) qualquer intervenção estatal na organização dos sindicatos seria incompatível com os princípios da nova ordem constitucional.

Nessa vereda, evidente pois que o monopólio sindical previsto no texto constitucional se revela em total dissenso com a democracia inaugurada pela Lei Maior em 1988.

4.3. A natureza híbrida do modelo sindical brasileiro

Sobre esse novo panorama constitucional, Maurício Godinho Delgado afirma que “a Constituição de 1988 iniciou, sem dúvida, a transição para a democratização do sistema sindical brasileiro, mas sem concluir o processo” (DELGADO, 2011, p. 80).

Com efeito, seguramente pode ser afirmado que o sindicalismo brasileiro é uma construção democrática inacabada, incompleta, revelando-se como um híbrido de transição entre o sistema sindical implantado no Brasil nos anos ditatoriais (1930 até 1945) e o modelo de liberdade plena pregado pela OIT.

Ao dissertar sobre os institutos autoritários e corporativistas mantidos pelo constituinte no texto da Magna-Carta de 1988, Arion Sayão Romita afirma que:

Foram mantidos: a) o monopólio sindical, em verdadeiro atentado à liberdade sindical enganosamente proclamada no art. 8º. Como se sabe, a unicidade sindical, regime de sindicato único imposto por lei, hostiliza os princípios fundamentais que regem o Estado democrático de direito; b) a organização sindical por categorias – profissionais, econômicas ou liberais – em contradição com a liberdade de organizar sindicatos segundo diferentes possibilidades conhecidas

no mundo livre, como organização por profissão, ramo de produção, empresa, etc” (ROMITA, 1993, p. 12 e p. 13)

Sobre o mesmo tema, Maurício Godinho afirma que há “certo sincretismo de regras, com o afastamento de alguns dos traços mais marcantes do autoritarismo do velho modelo, preservando, porém, outras características notáveis de sua antiga matriz” (DELGADO, 2011, p.80), ponderando ainda que

A Carta Magna afastou a possibilidade jurídica de intervenção e interferências político-administrativas do Estado, via Ministério do Trabalho e Emprego, no sindicalismo (art. 8º, I, CF/88). Reforçou o papel dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (art. 8º, III, CF/88). Alargou os poderes da negociação coletiva trabalhista, sempre sob o manto da participação sindical obreira (art. 8º, VI; art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, CF/88).

Entretanto, manteve o sistema de unicidade sindical (art. 8º, II, CF/88), preservou o financiamento compulsório de suas entidades integrantes (art. 8º, IV, CF/88), deu continuidade ao poder normativo concorrenciais da Justiça do Trabalho (art. 114, §2º, CF/88), deixando, ainda por dez anos, neste ramo do Judiciário, o mecanismo de cooptação de sindicalistas, conhecido como representação classista (que somente foi extinta em dezembro de 1999, pela Emenda Constitucional 24). (DELGADO, 2009, p. 1223).

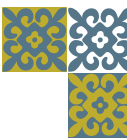
Nessa seara, importante pontuar que, apesar de todas as conquistas dos trabalhadores, enquanto o modelo sindical brasileiro estiver vinculado à unicidade, não haverá uma efetiva democracia sindical.

Isto porque a unicidade, enquanto imposição legal, vai de encontro à liberdade sindical, sendo esta, conforme já abordado, uma das regras assecuratórias da plena existência e potencialidade do ser obreiro.

Por óbvio existem exceções, mas, via de regra, um ser coletivo obreiro cuja existência está condicionada a obediência ao princípio da unicidade não será pleno e capaz de negociar em pé de igualdade com o ser coletivo empresarial, produzindo uma vontade coletiva viciada, desvinculada da vontade real dos seus representados, gerando uma crise de legitimidade sindical.

Sobre o tema, Ricardo Rezende afirma que

Lamentavelmente, o sistema adotado pela CRFB/88 é o da unicidade sindical, que, juntamente com a contribuição sindical e com o poder normativo da Justiça do Trabalho, acabam por enfraquecer sobremaneira o sindicalismo no Brasil, sedimentando o caminho para a manutenção de associações oportunistas e descomprometidas com a real defesa do trabalhador, na medida em que



a lei lhes garante o monopólio da representação, o financiamento automático e a substituição de uma de suas atribuições precípua, qual seja a negociação coletiva em busca de melhores condições de vida e de trabalho.” (REZENDE, 2012, p. 980)

Ainda sobre a crise de legitimidade no sistema sindical brasileiro, Maurício Godinho Delgado leciona que

A combinação de regras, princípios e institutos que sempre se mostraram contraditórios na história do sindicalismo (alguns democráticos, outros de origem autoritário-corporativa), tentada pela Carta Magna de 1988, somente fez aprofundar a crise de legitimidade e de força do sistema sindical brasileiro. Por isso, parece inevitável o caminho para a reforma do sistema sindical brasileiro, de modo a adequá-lo à plena liberdade de associação e à plena autonomia sindical (DELGADO, 2011, p. 80 e p.81)

Dessa forma, para que o processo de democratização do sistema sindical brasileiro seja concluído, alcançando a plena liberdade de associação e plena autonomia sindical, será necessário grande reforma dos parâmetros constitucionais.

5. O sindicalismo brasileiro com a Reforma Trabalhista

Em 11 de novembro de 2017 entrou em vigor a Lei nº 13.467, instituindo a chamada “Reforma Trabalhista”.

Originária do Projeto de Lei nº 6.787 de 2016, fruto de iniciativa do Poder Executivo, tratava-se, inicialmente, de uma “mini reforma” que visava propor a alteração de poucos artigos da CLT, entretanto, quando tal projeto adentrou a câmara dos deputados, sofreu grave ampliação, passando a modificar quase cem artigos da legislação trabalhista.

A ausência de compromisso com o que leciona a melhor doutrina justrabalhista e a tramitação atípica do Projeto de Lei nº 6.787 de 2016 (no senado, Projeto de Lei nº 38 de 2017) – aprovado pelo congresso em tempo recorde, sem nenhuma alteração em seu texto, sendo sancionado pelo Presidente da República apenas dois dias depois - deixam evidente a intenção estritamente política de tal medida.

No âmbito do Direito Coletivo do Trabalho as alterações foram substanciais, sepultando, de uma vez, o já problemático sindicalismo à brasileira.

5.1. Prevalência do negociado sobre o legislado

Alinhada com recente entendimento do STF, a nova lei trabalhista instituiu que as convenções coletivas e os acordos coletivos de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre os temas previstos no art. 611-A, da CLT.

Segundo Silvia Barbara (jul. 2016), a presente alteração não acabaria formalmente com as leis trabalhistas, mas criaria um modelo paralelo de contratação de mão de obra, bem mais flexível, precário e com direitos reduzidos.

Analisando de forma isolada a presente alteração legislativa, ela apresenta-se bastante razoável, afinal, o negociado representaria o consenso entre os entes coletivos.

O problema aparece porque na realidade brasileira não há um sindicalismo democrático, ou seja, nunca houve uma real equivalência entre o ser coletivo obreiro e o ser coletivo empresário, motivo pelo qual o consenso entre esses entes apresenta-se, na maior parte das vezes, viciado.

No texto de apresentação ao Presidente da República das razões que justificariam a elaboração do Projeto de Lei nº 6.787 de 2016, o então Ministro do Trabalho, Ronaldo Nogueira Oliveira, faz referência a intenção de “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores”, afirmando em seguida que

O Brasil vem desde a redemocratização em 1985 evoluindo no diálogo social entre trabalhadores e empregadores. A Constituição Federal de 1988 é um marco nesse processo, ao reconhecer no inciso XXVI do art. 7º as convenções e acordos coletivos de trabalho. O amadurecimento das relações entre capital e trabalho vem se dando com as sucessivas negociações coletivas que ocorrem no ambiente das empresas a cada data-base, ou fora dela. Categorias de trabalhadores como bancários, metalúrgicos e petroleiros, dentre outras, prescindem há muito tempo da atuação do Estado, para promover-lhes o entendimento com as empresas. Contudo, esses pactos laborais vem tendo a sua autonomia questionada judicialmente, trazendo insegurança jurídica às partes quanto ao que foi negociado. Decisões judiciais vêm, reiteradamente, revendo pactos laborais firmados entre empregadores e trabalhadores, pois não se tem um marco legal claro dos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho”

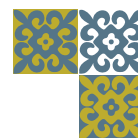
De longe vê-se que essa justificativa foi elaborada por alguém distante da realidade justralhista brasileira, embora, na época, detivesse o título de Ministro do Trabalho.

Os pactos laborais tinham sua autonomia questionada judicialmente justamente por serem fruto de uma vontade coletiva viciada, dessa forma, a única alternativa dada ao trabalhador seria procurar guarida na Justiça do Trabalho.

O legislador, porém, em vez de se preocupar com o vício presente nestas negociações coletivas, resolveu valorizar tais ajustes, repisando a ideia de que o negociado prevaleceria sobre o legislado.

5.2. Intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva

Para acabar com o questionamento em juízo acerca da validade das negociações coletivas, o legislador incluiu o §3º ao artigo 8º da CLT, segundo o qual no exame de convenção



coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

A edição de tal norma restringiu a possibilidade da Justiça do Trabalho analisar o conteúdo das negociações coletivas, limitando a atuação da Especializada à análise dos elementos essenciais do negócio jurídico, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prevista ou não defesa em lei.

Segundo os ensinamentos de Cassar (2017, p.1235), “a medida visou dar garantia e segurança ao empresário que se valeu das normas coletivas para reduzir direitos (flexibilização) ”.

Evidentemente mais um retrocesso social! O empregado que antes encontrava guarida no Judiciário ao ver seus direitos ceifados por uma norma coletiva viciada, já não mais poderá o fazer.

5.3 Vedação à ultratividade

De acordo com a Súmula nº 277 do TST, “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”, consagrando a denominada ultratividade das normas coletivas.

Por tal entendimento, cessada a vigência de acordo ou convenção coletiva de trabalho, as vantagens nelas previstas não poderiam ser suprimidas senão mediante nova negociação coletiva.

Tratava-se de importante segurança conferida pela jurisprudência aos trabalhadores que, tendo a garantia da manutenção das cláusulas de uma norma coletiva vencida, não se sentiriam pressionados a negociar novos instrumentos coletivos.

A reforma trabalhista veio para acabar com mais essa segurança, vedando, de forma expressa - §3º do art. 614 da CLT - a ultratividade das normas coletivas.

O novo entendimento é de que as cláusulas de determinada norma coletiva só valerão enquanto tal norma estiver em vigência.

Quando vencido o prazo de validade dos acordos e convenções coletivas, estariam expirados também os efeitos destes, ou seja, seriam revogados todos os benefícios concedidos aos empregados através de tais normas.

Agora quando findo prazo de uma norma coletiva, o ser coletivo obreiro será compelido a negociar rapidamente, do zero, uma nova norma, vez que os efeitos da anterior não produzirão mais efeitos.

Assim, há uma drástica diminuição do poder de barganha dos sindicatos, o que aumenta, ainda mais, a desigualdade nas negociações entre os entes coletivos.

5.4. Contribuição Sindical Facultativa

Para completar o pacote de alterações legislativas que enterrariam o sindicalismo brasileiro, a reforma trabalhista tornou a contribuição sindical facultativa.

O chamado “desconto para financiamento sindical”, outrora denominado “imposto sindical”, que era compulsório, passou a ser facultativo, só podendo ocorrer mediante autorização prévia e expressa do empregado.

Em um contexto de sindicalismo democrático, a contribuição facultativa representaria grande avanço e estaria de acordo com as instruções internacionais da OIT sobre liberdade sindical e negociações coletivas.

Entretanto, dada a realidade híbrida do modelo sindical brasileiro, não há que se falar em avanço e sim em desmantelamento.

O trabalhador brasileiro, por conta do princípio da unicidade sindical, associa-se ao único sindicato possível de representá-lo em determinado território. Não havendo uma livre associação, não há uma identidade ideológica comum entre os representados por aquele ser coletivo, o que leva a terrível crise de representatividade vivenciada pelos sindicatos brasileiros.

Ante tal crise, é de se duvidar que o empregado escolha livremente contribuir com o funcionamento de um sindicato que não escolheu e sem tais contribuições não há sindicato que subsista.

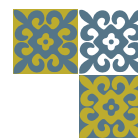
6. Considerações Finais

Por tudo que fora exposto, resta evidente que as mudanças trazidas para o ordenamento jurídico com a Reforma Trabalhista implodiram o sindicalismo brasileiro.

Se antes o sistema sindical pátrio era uma construção democrática inacabada, incompleta, após tantas alterações legislativas lesivas ao trabalhador ele se tornou uma ficção jurídica a serviço do empresariado, que subsistirá não se sabe por quanto tempo.

Já não mais pode se falar na existência do modelo híbrido de transição entre o sistema sindical implantado nos anos ditatoriais e o modelo de liberdade pregado pela OIT: com o novo pacote de leis, há uma falsa liberdade e uma falsa democracia, que, em conjunto, criam um sindicalismo figurativo, que não suprirá a hipossuficiência do sujeito obreiro.

Ora, não havendo paridade de forças entre o ser coletivo obreiro e o ser coletivo empresarial, os sindicatos terão papel estritamente passivo, totalmente submissos à vontade do empresariado.



Assim sendo, evidente que a capacidade de negociação sindical no Brasil pós Reforma Trabalhista é algo meramente formal, motivo pelo qual o contrato fruto desse acordo de vontades é viciado, não representando de fato a vontade do ser coletivo obreiro.

Dessa forma, conclui-se pela impossibilidade material da coexistência da autonomia da vontade coletiva e a perseguição da justiça no âmbito laboral, vez que no Brasil não há uma equivalência entre os seres coletivos.

7. Referências

BARBARA, Silvia. O negociado sobre o legislado. Revista Giz, São Paulo, n. 9, jul. 2016. Disponível em: <<http://revistagiz.sinprosp.org.br/?p=6642>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Vade mecum. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

_____. Súmula nº 277. Convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Eficácia. ULTRATIVIDADE. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. PL 6787, de 23 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>> Acesso em: 19 out. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 12ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

_____. Direito do trabalho. 14ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Direito coletivo do trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

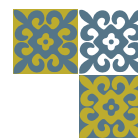
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Compêndio de direito sindical. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

OIT. Convenção nº 87. Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização. OIT - Organização Internacional do Trabalho - Escritório no Brasil. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o#_ftn1>. Acesso em: 22 out. 2017.

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho esquematizado/ Ricardo Resende, -2. Ed.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. Sindicalismo, economia, estado democrático: estudos. São Paulo: LTr, 1993.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Liberdade Sindical e Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho. São Paulo: LTr, 1999.



Reflexos da Reforma Trabalhista na Execução Judicial

Laís Ribeiro de Sousa Bezerra¹

Resumo: A presente obra pretende abordar os pontos essenciais das modificações inseridas pela Lei nº 13.467/17 no contexto da execução trabalhista, destacando os aspectos mais relevantes da novel legislação e tratando as temáticas de forma objetiva e com o escopo de construir interpretações que perfectibilizem os novos termos legais aos atributos e fins inerentes à Jurisdição Juslaboral e aos preceitos constitucionais, em especial o acesso à Justiça (artigo 5º, XXXV, CF/88) e a razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/88). O enfoque da obra concentra-se em questões como a nova perspectiva da execução por impulso oficial da fase na Justiça Trabalhista, a imposição da aplicabilidade da prescrição intercorrente na fase executória e os contornos pelos quais o instituto deve ser enxergado de modo a resguardar o direito à prestação jurisdicional efetiva, as modificações vislumbradas na liquidação de sentença e na confecção dos cálculos judiciais, as novas perspectivas da correção do crédito trabalhista sob os prismas da nova legislação e do entendimento da Suprema Corte Nacional e a alterações verificadas no contexto da responsabilidade secundária decorrente do grupo econômico empresarial. A metodologia de estudo para confecção da obra pautou-se em exame da mais recente doutrina pertinente às matérias, artigos publicados em obras especializadas em Direito e Processo do Trabalho, além de vasta análise da jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Direito e Processo do Trabalho. Reforma Trabalhista. Execução Judicial.

1. Introdução

A busca pela prestação jurisdicional célere, em consagração ao princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/88), é atributo intrínseco à Justiça do Trabalho, dado o seu escopo precípuo: a tutela e satisfação de crédito alimentar devido ao trabalhador, de modo a viabilizar sua capacidade de prover suas necessidades básicas e de sua família, em conformidade com os princípios da função social da empresa (artigo 5º, XXIII, CF/88), da boa-fé objetiva (artigo 113), do dever de garantia do patamar civilizatório mínimo e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88).

Esse objetivo em muito se concretiza por meio de demandas judiciais com fase de conhecimento substancialmente rápida, realização de audiência unânime, prazos processuais concisos, incentivo e uso reiterado de técnicas de conciliação e mediação para resolução dos conflitos e, com a mais recente mudança introduzida pela Lei nº 13.467/17, a adoção de procedimento de jurisdição voluntária para homologar acordos extrajudiciais entre empregados e empregadores. Há, portanto, um esforço concentrado em oferecer às partes uma prestação jurisdicional célere e eficaz, sem descuidar de garantias constitucionais como o devido processo legal e a ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, CF/88).

¹ Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ).

Contudo, o êxito observado na fase cognitiva, em regra, não se repete na execução judicial trabalhista. O que se observa é uma substancial ausência de efetividade da fase executória, com devedores sem perspectiva para adimplir os valores condenatórios por diversas razões, dentre elas a situação de falência ou insolvência, o patrimônio empresarial transferido a terceiros imunes aos efeitos do título executivo judicial ou, até mesmo, as formalidades de observância necessária na constrição de valores pela Justiça, como o respeito à impenhorabilidade do crédito alimentar do devedor.

Logo, a presteza evidenciada na fase de cognição esbarra na ineficácia dos meios executórios disponíveis à busca pela satisfação do título executivo judicial trabalhista, o que resulta no acúmulo demasiado de processos sem solução prática, com sentenças ceifadas de eficácia perante o credor tolhido na concretização de seu crédito reconhecido em Juízo.

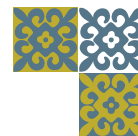
É importante ressaltar que a execução judicial, por si só, já se configura como parcela atípica, ou até mesmo anômala, do processo, uma vez que nasce da negativa da parte vencida em cumprir comando decisório estatal proferido em seu desfavor. Ao contrário do que se observa na conjuntura nacional, essa permanente inadimplência não é comum em ordenamentos jurídicos estrangeiros, nos quais, em razão da vasta porcentagem positiva de cumprimento voluntário de sentença, os meios de execução são substancialmente menos evasivos ao patrimônio empresarial.

Essa resistência observada em âmbito nacional, além de desafiar a soberania das decisões judiciais, enfrenta também a própria concepção de Estado Democrático de Direito. E, se o cenário já não era dos mais auspiciosos, a Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/17 trouxe modificações legislativas que em muito podem agravar essa insatisfação, se não harmonizadas com a natureza e particularidades do Direito e Processo do Trabalho e com seu fim precípua de satisfação de créditos de natureza alimentar, o que será enfrentado nas linhas seguintes.

2. Execução de Ofício - Nova Redação do Artigo 878 da CLT

Em apertada síntese, a execução, pautada na concepção de sincretismo processual, constitui a fase procedimental na qual se busca conferir efetividade ao título executivo válido e eficaz. Justifica-se na recalcitrância do devedor em cumprir o comando sentencial exarado em seu desfavor, e autoriza o Estado a buscar a plena satisfação do comando judicial por meio de constrições na esfera patrimonial do executado. É, pois, o meio de concretização da prestação jurisdicional e revela a real aptidão e eficiência do ordenamento jurídico nacional.

O processo trabalhista endossa o reconhecimento da substancial relevância da fase executória, que tradicionalmente recebeu especial enfoque e preocupação por parte do legislador juslaboral, inclusive com o reconhecimento da possibilidade de execução de ofício e do dever de impulso oficial da demanda por parte do juiz, consagrados na antiga redação do artigo 878, caput, da CLT, que previa: “*Art. 878 – A execução poderá ser*



promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

Saliente-se que, embora a literalidade do comando legal possa revelar tão somente uma faculdade no que concerne à promoção da execução de ofício, em verdade a medida surge como encargo ao magistrado trabalhista, em clara obediência ao princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/88) e dos artigos 139, IV, do CPC e 765 da CLT, que dispõem respectivamente:

“Art. 139, IV, CPC - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Art. 765 da CLT - “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Sendo assim, não havia espaço na conjuntura jurídica anterior à Lei nº 13.467/17 para ilação distinta daquela que atribui ao juiz a incumbência de perquirir formas de satisfação integral do comando sentencial exarado em favor do exequente, de modo a consagrar integralmente a prestação jurisdicional e as expectativas do credor perante o Poder Judiciário. Tanto que o artigo 4º do CPC determina que “*As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”, o que endossa o protagonismo do magistrado na persecução do adimplemento na via judicial.

Nesse sentido, a doutrina de Mauro Schiavi:

É inerente à função jurisdicional cumprir seus comandos condenatórios, que são materializados pelas sentenças que proferem. Assim como o juiz tem o poder geral de cautela no processo, detém não só o poder, mas o dever de fazer cumprir suas decisões, transformando a realidade, a fim de entregar o bem de vida que pertence ao credor por direito (SCHIAVI, 2016. p. 1076).

Transmutando notável característica da Justiça do Trabalho, o advento da Lei nº 13.467/17 modificou a redação do artigo 878, caput, do texto consolidado para dispor que “*A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado*”. Vê-se que a execução por impulso oficial transformou-se em exceção e somente será legitimada diante de ausência de representação das partes por meio de causídico. A medida, além de destoar dos escopos precípuos da Justiça Social e da primazia pela natureza alimentar do crédito trabalhista, pode desencadear o engessamento de uma elevada parcela das demandas trabalhistas, que, em virtude desse aparente “dever de inércia” do magistrado perante a insatisfação do comando sentencial, restaria fada-

da ao amontoamento nas unidades judiciais ou à prescrição intercorrente, a ser tratada no próximo tópico.

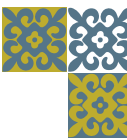
Não obstante a flagrante mitigação do ativismo judicial, a extensão e os efeitos da modificação legislativa devem ser adequados às características do ramo trabalhista e, principalmente, ao escopo inerente do processo do trabalho: a satisfação de crédito voltado à subsistência do trabalhador. Enfatize-se que a pretensão, nesse momento, não é questionar a constitucionalidade da alteração legislativa, muito embora seja esse o caminho utilizado por vasta parcela da doutrina e jurisprudência para rechaçar seus termos. Objetiva-se construir soluções e interpretações, viáveis na prática forense, para adequar a novel legislação ao contexto Juslaboral da execução.

Nessa esteira, a primeira ilação concentra-se em definir quais medidas processuais caracterizariam a execução por impulso oficial, de forma a limitar o que pode, ou não, ser realizado pelo magistrado sem a necessidade de provocação por parte dos advogados constituídos na causa. Pois bem. Pautando-se na hipótese da fase executória iniciada após o trânsito em julgado da decisão judicial, surge como melhor caminho interpretativo a conclusão de que o acionamento da parte somente seria necessário para iniciar a execução judicial. Isto é, caberia ao exequente tão somente requerer o cumprimento do título executivo não satisfeito voluntariamente, não sendo exigido, contudo, a indicação pormenorizada e específica dos meios executórios a serem utilizados nesse desiderato.

Revela-se, no mínimo, desarrazoado exigir que a parte, ainda que constituída de advogado, indique as ferramentas operacionais mais pertinentes à constrição e penhora de valores destinados ao pagamento do débito trabalhista. A Justiça do Trabalho é precursora no uso de sistemas eletrônicos destinados à apreensão de valores e bens móveis e imóveis na execução judicial (BacenJud, Infojud, Renajud, dentre tantos outros), cabendo ao magistrado e aos componentes de sua equipe de trabalho decidir qual a ferramenta de apreensão mais adequada a determinada demanda ou ao momento processual vivenciado.

Ademais, todas as medidas judiciais utilizadas em execução possuem natureza e previsão legal, devendo prevalecer o pressuposto de que o juiz conhece o direito (*iura novit curia*), consagrado nos artigos 376 e 377 do CPC. Entender de maneira diversa representaria um retrocesso às boas práticas do Poder Judiciário e ao dever do Estado-Juiz de propiciar o cumprimento de suas decisões judiciais, além de potencializar os danos suportados pelo credor se levada em consideração a hipossuficiência do trabalhador perante o polo patronal da relação de emprego.

Portanto, o rigor da necessidade de provocação deve ser limitado ao início da execução, bastando que o exequente manifeste no princípio da fase de constrição o desiderato de ter satisfeita a decisão judicial que lhe foi favorável, sendo despiciendo, e desarrazoado, entender pela exigência de novo acionamento da parte a cada medida executiva frustrada ou com parcial sucesso. Tal conclusão é perfeitamente compatível com os fins propostos pelo artigo 765 da CLT, acima descrito e que impõe ao juiz o dever de zelo e diligência perante o processo, independentemente da fase na qual se encontre.



Por outro aspecto, a segunda dedução que deve prevalecer perante o novo artigo 878 da CLT é a de que basta que uma das partes do processo esteja sem representação por causídico para ensejar plena e completa viabilidade da execução de ofício. Embora a nova redação, em um exame perfunctório, possa relevar a necessidade de credor e devedor sem advogado, evidencia-se equivocado, e até jocoso, entender pela necessidade de o executado estar desacompanhado. Ora, a fase de execução somente existe em razão da recalcitrância do devedor em não quitar voluntariamente as obrigações judiciais que lhe foram impostas. O fato de estar ou não desassistido em nada muda essa conjuntura, e entendê-lo como “parte vulnerável” é desacreditar do Poder Judiciário e, até mesmo, ofender as expectativas do credor de perceber o seu crédito. Dessa forma, o impulso oficial da execução de forma plena e ilimitada depende tão somente da ausência de advogado constituído pelo exequente, sendo inteiramente ilógica a interpretação de desassistência de ambas as partes, no particular.

Por fim, a terceira e última dedução que se infere é a de que o impulso oficial prevalece diante dos créditos acessórios, em especial os valores destinados ao recolhimento de imposto de renda e previdência social. São quantias destinadas ao Estado e em nada se confundem com o crédito do trabalhador, portanto alheias aos limites impostos pelo novo artigo 878 da CLT.

Segundo leciona Maurício Godinho Delgado:

Não há dúvida de que o impulso oficial prevaleceria sempre com respeito às verbas acessórias, relativas às contribuições oficiais e, naturalmente, relativas aos recolhimentos de imposto de renda, se houver. Note-se, a propósito, que a Lei n. 13.467/2017 é silente quanto ao impulso oficial relativo ao cálculo dos recolhimentos de imposto de renda; porém, mostra-se óbvio que eles têm, sim, de ser calculados e recolhidos, quando verificada a sua hipótese de incidência. (DELGADO, 2017. p. 353).

Dessa forma, despojando da discussão acerca da constitucionalidade, a nova redação do artigo 878 da CLT deve ser enxergada e destrinchada com base nos limites interpretativos descritos acima, de modo a preservar as particularidades da execução trabalhista e respaldar a prevalência do crédito alimentar decorrente do processo do trabalho e da Justiça Social.

3. Prescrição Intercorrente – Inclusão do Artigo 11-a na CLT

Conforme o artigo 189 do CC, uma vez violado o direito subjetivo, nasce para o titular a pretensão de exigência quanto ao seu cumprimento, que deverá ser operada em juízo no prazo legal. A prescrição é justamente o exaurimento da pretensão de reivindicar um direito perante o Poder Judiciário. É instituto de direito processual e pauta-se na estabilidade e segurança das relações jurídicas, visando obstar a eternização de situações passíveis de demanda judicial. Na seara trabalhista, recebe especial enfoque no artigo 7º,

XXIX, da CF/88 (“ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”).

Em regra, trata a prescrição de situação na qual a ação de conhecimento não é ajuizada no prazo estabelecido por lei. Ou seja, obsta a possibilidade de discussão do direito ainda na fase cognitiva do processo.

A prescrição intercorrente, de maneira diversa, é aquela observada no curso do processo, mais especificamente na fase de execução, e surge diante da inércia da parte exequente em promover os atos do processo e as formas para evitar o prolongamento desnecessário da execução judicial. Da mesma maneira que a prescrição genérica, exsurge na necessidade de segurança nas relações jurídicas (artigo 5º, XXXVI, CF/88), porém recebe especial enfoque do princípio da boa-fé (artigo 5º, CPC) e da cooperação (artigo 6º, CPC), não podendo a parte acionar o Poder Judiciário e, posteriormente ao êxito de uma decisão judicial favorável, descurar da busca pela satisfação integral daquilo que lhe foi reconhecido em Juízo. A razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/88) é garantia reconhecida a demandante e demandado, além de ser legítimo o interesse do Estado de ter resolvidas as demandas judiciais que lhe são postas.

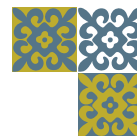
Sobre a temática, discorre José Manoel Arruda Alvim:

A chamada prescrição intercorrente é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção ativa, no curso do processo, ao possível direito material postulado, expressado na pretensão deduzida; quer dizer, é aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do processo por seguimento temporal superior àquele em que ocorre a prescrição em dada hipótese (ALVIM, 2006, p. 34).

Nesse contexto, a aplicabilidade da prescrição intercorrente no Direito Comum revela-se como questão sedimentada em âmbito doutrinário e jurisprudencial, recebendo especial tratamento no Código de Processo Civil editado pela Lei nº 13.105/15. O códex prevê o aludido instituto processual como causa de suspensão da execução judicial, consoante o teor do artigo 921, III e §§ 1º e 4º, e, posteriormente ao não atendimento das condições pertinentes ao efeito suspensivo, hipótese de extinção da fase executória, conforme o artigo 924, V. Antes do CPC/2015, o estudo do tema destacava-se por meio das Súmulas nº 150 do STF e 314 e 323 do STJ.

Em sentido diametralmente oposto, a incidência do referido instituto no processo trabalhista sempre foi questão tormentosa, com substancial cizânia entre os estudiosos e juristas.

Aos defensores da medida, cabiam precipuamente os seguintes argumentos: a) necessidade de conferir segurança jurídica ao processo e às partes, de modo a evitar a eternização da demanda trabalhista e o acúmulo desmensurado de processos nas unidades judiciais; b) obstar a inércia prolongada do credor perante a execução; c) aplicação supletiva



ao processo do trabalho da Lei nº 6.830/80, que em seu artigo 40 confere respaldo à prescrição intercorrente; d) teor da Súmula nº 327 do STF, que expressamente vaticina: “O direito trabalhista admite prescrição intercorrente”; e) previsão de prescrição como matéria a ser tratada em embargos à execução, nos termos do artigo 884, § 1º, da CLT.

Nesse sentido, leciona Sergio Pinto Martins que “A prescrição intercorrente visa evitar a perpetuação da execução” (2009, p.770).

Por sua vez, aqueles que rechaçam o uso do instituto pautam-se nas seguintes razões: a) previsão expressa de impulso oficial da execução trabalhista, o que tornaria sem importância a inércia do exequente quanto à promoção dos meios de execução; b) natureza alimentar do crédito trabalhista; c) irrenunciabilidade do crédito trabalhista; d) incidência do princípio da proteção e reconhecimento da condição de hipossuficiente do trabalhador exequente, em face do qual não pode ser exigido conhecimento técnico e pormenorizado acerca da dinâmica e das ferramentas de uma execução judicial.

Nessa linha de pensamento advogava a vasta maioria doutrinária e da jurisprudência, com respaldo no entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho acerca do tema, cujo verbete sumular nº 114 dispõe: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”, e que, mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, permaneceu afastando a aplicação da medida no processo do trabalho, inclusive editando Instrução Normativa acerca do tema (IN nº 39, artigo 2º VII).

Não obstante, a edição da Lei nº 13.467/17 introduziu no texto consolidado o artigo 11-A, que determina:

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.

O mencionado dispositivo legal repeliu de forma contundente a jurisprudência da Corte Superior da Justiça do Trabalho acerca da matéria e, juntamente com a modificação imposta pelo artigo 878 da CLT (relativização do impulso oficial da execução), representa a modificação de maior relevância e impacto na tramitação da execução judicial do processo do trabalho. Rompe com atributos e características singulares da seara justralhista, e por isso, da mesma forma que a celeuma da execução oficiosa, deve ser enxergada com razoabilidade, visando construir conclusões satisfatórias e coerentes com as particularidades do processo do trabalho.

Nesse diapasão, a despeito de sua aplicabilidade ao processo do trabalho no atual contexto legislativo e jurídico, a interpretação a ser conferida a novel lei deve se pautar na ilação de que somente incidirá a prescrição intercorrente diante de casos em que

a providência executória dependa exclusivamente do exequente, de modo que a continuidade da execução judicial torne-se impossível em razão da inércia do credor. Em tintas diversas, recairia a prescrição executória diante do descaso contumaz do exequente em promover atos e diligências cuja realização lhe é restrita e indelegável ao Judiciário.

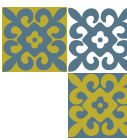
A redação do dispositivo consolidado é cristalina ao prever que “§ 1o A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução”, ou seja, o credor deve primeiramente ser instado a se manifestar acerca da fase de execução e de seu eventual insucesso, de maneira a apresentar manifestação e considerações acerca da melhor forma de prosseguir com as tentativas de constrição e averiguação executórias. Saliente-se que não cabe atribuir ao credor descaso em razão do não apontamento específico acerca das ferramentas a serem utilizadas na perquirição executória, uma vez que, conforme elucidado alhures, cabe ao magistrado decidir sobre a utilização e pertinência das formas de penhora no curso da execução judicial. Assim, a inércia do exequente deve ser vislumbrada na leniência em não apresentar resposta acerca de cálculos, impugnações e indagações que, de forma geral, lhe forem postas no curso da execução.

Nesse particular, cumpre novamente enfatizar que a necessidade de impulso executório pelo credor, imposta pelo artigo 878 da CLT, deve ser entendida como o ponto inicial da execução. Logo, uma única vez demonstrada a intenção em prosseguir com os atos de penhora e constrição, prescindível a manifestação do exequente em cada novo passo da execução. Destarte, uma vez iniciada por provocação do exequente, somente caberia prescrição intercorrente diante de desídia do titular do crédito acerca de atos processuais que lhe são exclusivos e expressamente exigidos pelo Juízo de Execução. Entenda-se que esse descumprimento de “determinação judicial” surge como novo requisito normativo para encetar de forma efetiva a prescrição intercorrente.

Nesse contexto, são incontáveis as situações em que a decretação de prescrição intercorrente torna-se inviabilizada em razão de o ato ou a providência judicial não depender exclusivamente de iniciativa do exequente, sendo o cenário mais comum aquele verificado quando o credor não indica bens do devedor para prosseguimento da execução.

Veja que o artigo 11-A, § 1º, da CLT é claro ao dispor que a prescrição executória recairá diante de credor com “*descumprimento de determinação judicial*”. Porém, a indicação de bens passíveis de penhora não caracteriza dever exclusivo e ato pessoal do exequente. Ao contrário, é encargo do devedor executado (artigo 880, CLT), cujo descumprimento pode caracterizar atentado à dignidade da justiça. Assim, para o exequente tal medida é facultada, e eventual desobediência de forma alguma pode desencadear a perda de sua pretensão executória.

Tanto é assim que o legislador quando quis impor tal comportamento como dever do exequente o fez de forma expressa, conforme elucidam os artigos 921 e 924 do CPC, que elencaram a desobediência quanto à indicação de bens pelo credor como causa suspensiva e, posteriormente, extintiva da execução. Por isso, não havendo previsão expressa similar na CLT nesse sentido, não há como atribuir tal ônus ao exequente.



Nessa toada, cumpre citar a doutrina de Maurício Godinho Delgado:

não se trata de qualquer determinação ou de qualquer tipo de ato sobre o qual o exequente tenha sido intimado: é necessário que se trate de determinação relativa a ato estritamente pessoal do exequente, sem cuja atuação o fluxo do processo se torna inviável. Ilustrativamente, a indicação de bens do devedor inadimplente para a continuidade da execução judicial (este, em geral, o grande embaraço ao bom desenvolvimento da fase executória processual) não constitui ato estritamente pessoal do exequente, sem cuja atuação o fluxo do processo se toma inviável; ao inverso, trata-se, sim, de ato de interesse do Estado, em decorrência do princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional, além do princípio constitucional da eficiência, que também atinge a atuação do serviço público judicial. Nesse quadro, a ausência de bens do devedor para a execução enseja, na verdade, a expedição de certidão informativa do crédito do exequente e do crédito tributário correlato, em valores específicos, com a data de referência do documento judicial, a fim de que, no futuro, surgindo lastro para a efetivação do comando judicial, este se concretize adequadamente. Durante esse período de inviabilidade executória, por manifesta culpa do devedor inadimplente, é claro que não corre qualquer prescrição (DELGADO, 2017, p. 303).

Assentadas tais premissas acerca da efetiva concretização e aplicabilidade da prescrição intercorrente no processo do trabalho, importante tecer breves considerações acerca de quatro aspectos pertinentes à adequação do instituto ao processo do trabalho, quais sejam: a) aplicabilidade ou não em processos com exequentes não representados por advogado; b) extensão ou não da aplicação de ofício da prescrição à fase de conhecimento; c) comparação do prazo de dois anos do artigo consolidado com o comando constitucional que determina a prescrição bienal somente na hipótese de rescisão contratual (artigo 7º, XXIX, CF/88), e; d) aplicabilidade ou não do instituto nas execuções em curso anteriormente à Lei nº 13.467/17.

Quanto ao primeiro tema, a conclusão de que é inaplicável a prescrição intercorrente em processos nos quais o exequente encontra-se desassistido de causídico é irrefutável, tendo em vista a predominância do impulso oficial nessa hipótese, conforme os termos do artigo 878 da CLT. Em outros termos, o dever de impulso oficial presente nas reclamações com exequentes desacompanhados de advogado conflita frontalmente com a ideia de prescrição intercorrente, uma vez que a inatividade da parte impõe ao magistrado providências visando o andamento do processo.

No tocante ao segundo questionamento, igualmente entendo não haver espaços para maiores celeumas. O artigo 11-A da CLT é claro ao tratar da prescrição intercorrente na execução judicial e, portanto, restringir seus efeitos jurídicos à referida fase processual. Aplicar interpretação extensiva e, por conseguinte, acatar a prescrição intercorrente na fase cognitiva, além de representar prejuízo dantesco ao polo demandante da reclamação trabalhista, que em regra é o trabalhador, constitui transmutação do sentido da norma, em claro desrespeito às regras de hermenêutica jurídica.

A terceira celeuma demanda um exame acurado do artigo 7º, XXIX, da CF/88 em contraponto ao teor do artigo 11-A da CLT. A norma constitucional é clara ao limitar a prescrição bienal somente à hipótese de rescisão contratual, impondo o quinquídio prescricional nos casos de relação trabalhista em curso. O artigo consolidado, por sua vez, olvida dessa diferenciação e impõe o lapso de dois anos de forma genérica, negligenciando a diferenciação acerca da vigência ou não da relação de labor que deu ensejo ao processo alvo da prescrição intercorrente.

Sem discutir se a nova legislação desconsiderou o comando constitucional por equívoco ou efetivo desiderato do legislador, o que deve prevalecer é a supremacia da Carta Magna, de forma que nos processos ajuizados ainda com o liame laboral em curso deve ser respeitado o prazo prescricional de cinco anos para fins de prescrição intercorrente. Destaque-se ser irrelevante a extinção da relação trabalhista durante o processo, uma vez que o lapso temporal prescricional a ser observado será determinado quando da apresentação da reclamação trabalhista. Nessa hipótese, cabe ao magistrado a declaração de inconstitucionalidade do artigo 11-A da CLT, pela via judicial difusa. Em contraponto, nos processos com contratos de trabalho já extintos, prevalece a prescrição bienal disposta no artigo 7º, XXIX, da CF/88 e na nova legislação consolidada.

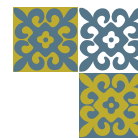
Por fim, no que concerne à quarta controvérsia, a prescrição é elemento de índole processual, sujeitando-se ao princípio do isolamento dos atos processuais, cabendo sua aplicação inclusive nas demandas executórias que se encontravam em tramitação antes da vigência da Lei nº 13.467/17. Nesse particular, deverá o magistrado considerar como *dies ad quo* para fins de contagem de prazo a data de exaurimento do prazo concedido ao exequente para cumprimento do ato processual exclusivo sobre o qual foi intimado para proceder.

4. Liquidação de Sentença – nova redação do Artigo 879, § 2º, da CLT

A liquidação de sentença recebe tratamento no artigo 879 do texto consolidado, cuja redação do § 2º dispunha que “*Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão*” (destaquei).

Ocorre que a Lei nº 13.467/17 promoveu alterações no referido dispositivo legal, o qual passou a vigorar da seguinte forma: “*Elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão*” (destaquei).

Vê-se que a antiga redação conferia ao magistrado a adoção de dois procedimentos distintos quanto à elaboração do débito: a) homologar os cálculos apresentados, determinar a citação do executado para adimplir o crédito ou garantir o juízo e, somente após, viabilizar a impugnação da conta de liquidação. Tratava-se da tradicional hipótese de exercício da defesa somente após a garantia da dívida e iniciada a execução; b) abrir prazo às partes para manifestação em momento anterior à homologação e a garantia do juízo, inviabilizado a discussão acerca de valores em momento posterior. Nessa hipótese,



as impugnações referentes a quantias e critérios de quantificação ficariam limitadas a tal momento processual, não sendo novamente discutidas diante de eventuais embargos à execução.

Com a modificação acima descrita, o epíteto “*poderá*” foi substituído por “*deverá*” no que toca à permissão judicial para impugnação de cálculos em momento anterior à citação executória. A medida deixou de ser faculdade para tornar-se obrigação, compelindo o magistrado a oportunizar o direito à defesa sobre aspectos pertinentes à liquidação em momento anterior à garantia do Juízo.

Em outros termos, a antiga redação do texto consolidado tolhia o devedor de discutir possíveis controvérsias na apuração do crédito antes do depósito judicial da quantia mensurada no cálculo de liquidação ou da apresentação de bens passíveis de penhora, postergando o exame de eventuais desacertos ou excessos no *quantum debeatur* ao julgamento dos embargos à execução.

Com a inovação legislativa, as possíveis celeumas quantitativas foram concentradas em momento que antecede o próprio início da execução, promovendo a homologação dos cálculos anteriormente à citação executória, e permitindo a discussão acerca de cálculos sem a necessária disposição patrimonial do devedor ao processo.

Dessa forma, a novel legislação é bem vista tanto porque permite a quantificação exata das obrigações reconhecidas em decisão judicial sem impor ao devedor o ônus da garantia da execução, quanto porque encerra a possibilidade do executado rediscutir questões de valores e quantificação das obrigações em momento posterior à intimação sobre os cálculos de liquidação ou em embargos, evitando possíveis embaraços à satisfação do crédito trabalhista e encurtando a fase de execução.

Por derradeiro, impende o registro de que o novo regramento ainda modificou dois aspectos procedimentais da conta de liquidação, quais sejam: a) a modificação do prazo de dez dias para oito dias, que deverão ser contados como dias úteis, em consonância com o artigo 775 da CLT e; b) a alteração da natureza de prazo sucessivo para prazo comum às partes, o que se coaduna com a realidade do processo eletrônico, no qual são despidiendos os prazos individualizados para a vista dos autos às partes, uma vez que a integralidade dos autos permanece ininterruptamente disponível virtualmente aos litigantes.

5. Correção monetária do crédito trabalhista – Inclusão do § 7º no Artigo 879 da CLT

A correção monetária caracteriza-se como o instituto financeiro destinado à atualização de valores devidos, de modo a preservar o poder de aquisição (quantitativo monetário efetivo) de determinado montante econômico. A moeda nacional sofre constantes oscilações valorativas, e um quantitativo monetário tende, com o passar do tempo, a diminuir seu potencial de compra. Nesse sentido, a correção monetária surge para recuperar o valor de aquisição desse capital.

Na esfera das dívidas decorrentes de condenação em Juízo, a correção monetária não representa uma sobrecarga perante o débito judicial, mas uma garantia do credor de ter seu crédito atualizado de modo a preservar o mesmo poder aquisitivo observado antes das circunstâncias que ensejaram a condenação judicial. Trata-se, pois, de consagração do direito de propriedade (artigo 5º, XXII, CF/88).

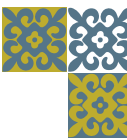
Nesse contexto, o IPCA-E (Índice de Preço do Consumidor Amplo Especial) surge como o índice oficial de inflação nacional e evidencia o custo de vida médio de famílias que vivem nas regiões metropolitanas das principais cidades do país, sendo calculado de forma trimestral pelo IBGE. Em síntese, é o termômetro da inflação e reflete de forma pormenorizada a recomposição do poder aquisitivo da moeda, motivo pelo qual é utilizado para fins de correção monetária dos débitos judiciais na Justiça Comum, inclusive para fins de expedição de precatórios, nos débitos do INSS junto ao Regime Geral de Previdência Social e nos valores decorrentes de Licitações e Contratações Públicas.

Todavia, a atualização do crédito trabalhista não seguia essa regra, sendo tradição na Justiça do Trabalho a aplicação da TRD (Taxa Referencial Diária) na correção dos quantitativos decorrentes de suas sentenças, nos termos do artigo 39 da Lei 8.177/91 e da orientação jurisprudencial nº 300 da SDI-1 do TST. Por isso, os valores condenatórios laborais já sofriam um déficit em seu poder de aquisição, em razão do tempo necessário ao trâmite processual, e não recompunham esse quantitativo pelo fato da TRD não acompanhar a inflação nacional e, por consequência, não proceder à justa recomposição monetária do capital devido ao credor trabalhista.

Buscando modificar essa distorção e pautado em decisão da Suprema Corte Nacional (ADI 4425/DF e 4357/DF), o pleno do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, no julgamento da Arguição de inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231, declarou a inconstitucionalidade da expressão “*equivalentes à TRD*”, prevista no *caput* do artigo 39 da Lei 8.177/91, e definiu o IPCA-E como índice de atualização monetária das condenações judiciais trabalhistas. Todavia, a referida medida judicial foi suspensa em 14 de outubro de 2015, em decorrência do deferimento de medida cautelar pelo Ministro Dias Toffoli, na Reclamação Constitucional nº 22.012. Por consequência, a aplicação da TRD retornou ao cotidiano trabalhista.

A Lei nº 13.467/17 pautou-se na decisão monocrática acima descrita e editou o § 7º ao artigo. 879 da CLT, dispondo que: “*A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei no 8.177, de 1o de março de 1991*”. Dessa forma, o cenário jurídico caminhava para a perpetuação da TRD na correção dos créditos trabalhistas, beneficiado o polo devedor das execuções e causando um frontal desestímulo à conciliação judicial e quitação célere da dívida. Em termos simples, quanto maior a morosidade para adimplemento do débito judicial menor será o crédito efetivamente devido ao credor, haja vista inexistir a recomposição inflacionária.

Felizmente, e contrariando o teor da novel legislação, o Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada no Diário Oficial em 27 de fevereiro de 2018, sedimentou a aplicação do IPCA-E como fator de atualização monetária de créditos trabalhistas, em decisão



definitiva nos autos da Reclamação nº 22.012 MC/RS, com voto divergente prevalecente do Ministro Ricardo Lewandowski, que vaticinou:

“Historicamente, a TRD não tem sido suficiente para corrigir a perda do poder aquisitivo da moeda, de modo que a sua utilização para corrigir os débitos trabalhistas, cuja natureza é alimentar, ocorria em prejuízo ao trabalhador, já que os valores estavam sempre menores quando efetivamente eram pagos. A utilização da TRD, sem dúvida, estimulava as empresas a descumprirem direitos trabalhistas” (RCL 22012 – RECLAMAÇÃO).

Dessa forma, conquanto o acréscimo do § 7º do artigo 879 no texto consolidado pela Lei nº 13.467/17, deve prevalecer nas liquidações judiciais trabalhistas a decisão do STF e a vasta jurisprudência do TST acerca do tema, que defende a atualização com base na variação do IPCA-E, inclusive com determinação de reedição da Tabela Única de Cálculo de Débitos Trabalhistas para adoção do aludido índice.

Por fim, saliente-se que o STF não enfrentou expressamente a constitucionalidade da aludida legislação trabalhista, motivo pelo qual não há declaração formal de inconstitucionalidade pela Suprema Corte do § 7º do artigo 879 da CLT. Todavia, a decisão proferida no RCL nº 22.012 confere substancial e inofismável respaldo jurídico à declaração da inconstitucionalidade em controle difuso do referido dispositivo legal pelos magistrados trabalhistas. A força dos precedentes judiciais se impõe (artigo 927, CPC), nesse particular.

6. Responsabilidade Patrimonial – breves notas sobre o grupo econômico

Concretizada a prestação jurisdicional na fase cognitiva e conferida à parte vencedora o título executivo judicial, inicia-se o momento de concretização do débito trabalhista perante credor e devedor, sendo este instado a proceder ao cumprimento das obrigações que lhe foram postas em decisão judicial. Como é cediço, o objeto da condenação quase sempre é rechaçado pela parte vencida, que não cumpre de forma voluntária o mandamento jurisdicional, dando ensejo à execução judicial que recairá sobre o patrimônio material do devedor.

Nessa senda, advém a responsabilidade patrimonial do executado perante a sanção executiva que foi posta em seu desfavor, podendo ser de natureza: a) primária, sendo aquela que recai sobre o devedor consignado no título executivo que respalda juridicamente à execução judicial, e é, portanto, a hipótese mais comum, elencada nos artigos 391 do CC e 789 do CPC; b) secundária, que encontra previsão no artigo 790 do CPC e se caracteriza pela atribuição da responsabilidade pelo cumprimento da execução a ente ou pessoa distinta daquela que é posta como devedora no título executivo.

Dentro do contexto do processo do trabalho, a responsabilidade secundária é medida substancialmente comum, sendo evidenciada em institutos consagrados em âmbito trabalhista, dentre eles destacando-se o grupo econômico e o sócio empresarial, que sofreram robustas modificações com a edição da Lei nº 13.467/17.

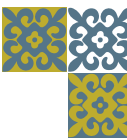
Tratando-se de grupo econômico, a redação do artigo 2º, §§ 2º e 3º, da CLT passou a reger a referida figura jurídica da seguinte forma:

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 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.

De plano, a primeira modificação relevante evidencia-se na impossibilidade de reconhecimento da referida figura jurídica tão somente pela constatação de quadro societário comum entre sociedades empresariais. Em termos práticos, identidade entre sócios, por si só, não enseja grupo econômico. A alteração endossa posicionamento jurisprudencial que se tornava gradativamente mais sólido nas esferas jurisdicionais trabalhistas, inclusive no Tribunal Superior do Trabalho, que editou Informativo nesse sentido:

Existência de sócios comuns. Grupo Econômico. Não caracterização. Ausência de subordinação. O simples fato de duas empresas terem sócios em comum não autoriza o reconhecimento do grupo econômico, pois este, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT, pressupõe subordinação à mesma direção, controle ou administração, ou seja, exige uma relação de dominação interempresarial em que o controle central é exercido por uma delas (teoria hierárquica ou vertical). Na hipótese, ressaltou-se que não obstante as empresas em questão terem os mesmos sócios, uma delas é voltada para o mercado imobiliário, enquanto que a outra atua no ramo de segurança e transporte de valores, bem como importação e exportação de equipamentos eletrônicos, não guardando, portanto, qualquer relação entre os respectivos objetos comerciais a indicar laços de direção entre elas. Com esse entendimento, a SBDI-I, em sua composição plena, por maioria, conheceu dos embargos interpostos pela reclamante, por divergência jurisprudencial, vencidos os Ministros Horácio Raymundo de Senna Pires, relator, Antonio José de Barros Levenhagen, Brito Pereira e Aloysio Corrêa da Veiga, que não conheciam do apelo. No mérito, também por maioria, a Subseção negou provimento ao recurso, vencidos os Ministros Lelio Bentes Corrêa, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta e Hugo Carlos Scheuermann, que davam provimento aos embargos para restabelecer a decisão proferida pelo TRT que, adotando a teoria horizontal ou da coordenação, entendeu configurado o grupo econômico porque existente nexó relacional entre as empresas envolvidas, pois além de terem sócios em comum, restou demonstrado que houve aporte financeiro dos sócios de uma empresa na outra. **TST-E-ED-RR-214940-39.2006.5.02.0472, SBDI-I, rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires 22.5.2014**



Portanto, a medida legislativa nesse particular muito pouco alterou a conjuntura jurídica pertinente ao grupo econômico, cabendo enfatizar que a novel legislação já foi enfrentada por algumas Cortes Trabalhistas Nacionais, sendo pertinente a citação de Enunciado editado em Semana Institucional do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, que atribuiu às empresas envolvidas na celeuma o ônus de afastar a caracterização de grupo econômico diante de identidade de sócios, com fulcro na teoria da maior aptidão à produção da prova. Dispõe nos seguintes termos:

ENUNCIADO nº 6. GRUPO ECONÔMICO. IDENTIDADE DE SÓCIOS. ÔNUS DA PROVA. A prova da desvinculação administrativa, econômica e financeira das pessoas jurídicas com identidade de sócios a que alude o § 3º do art. 2º da CLT incumbe àquelas, ante o princípio da melhor aptidão para a prova (art. 818, § 1º da CLT).

Nesse mesmo sentido, defende Maurício Godinho Delgado a inversão do ônus probatório nas seguintes linhas:

A situação envolve típica hipótese de inversão probatória, em benefício do trabalhador reclamante, conforme enfatizado pelo novo art. 818, §§ 1º, 2º e 3º, da própria CLT, em sua redação alterada pela Lei n. 13.467/2017. Essa inversão probatória está igualmente prevista no CPC de 2015 (art. 373, § 1º), subsidiária e supletivamente aplicável ao processo do trabalho (art. 769, CLT; art. 15, CPC-2015) (GODINHO DELGADO, 2017, p. 101).

Não obstante, a nova redação consolidada vai além e impõe requisitos específicos e de observância obrigatória para fins de reconhecimento da figura jurídica em comento, sendo eles: a) demonstração de interesse integrado; b) efetiva comunhão de interesses e; c) atuação conjunta das empresas integrantes.

Em razão da vastidão do tema e por serem substancialmente recentes as alterações legislativas pertinentes, a presente obra não pretende a análise pormenorizada dos requisitos acima descritos, haja vista que os contornos e a amplitude jurídica de cada um deles deverão ser construídos de forma ponderada pela parte da doutrina e jurisprudência, de acordo com as futuras demandas judiciais que enfrentem o tema. Porém, de forma sucinta e objetiva, impõe salientar que foi substancial o enfraquecimento da consagrada concepção de inexigibilidade de requisitos formais para a configuração do grupo econômico no processo do trabalho, pautado no princípio da primazia da realidade. A partir dos novos termos legais, o reconhecimento de grupo de empresas estará restrito ao atendimento de condições *sine qua non* taxativas, o que indubitavelmente dificultará a execução judicial direcionada nesse sentido.

Ainda sobre o tema, merece destaque a legalização do grupo por coordenação, nos exatos termos do § 2º do artigo 2º da CLT, que passou a viabilizar o reconhecimento do conglomerado econômico mesmo diante de sociedades empresárias que não possuam vinculação hierárquica, “*guardando cada uma sua autonomia*”. A modificação referendou

hipótese já observada na lei do trabalhador rural (Lei nº 5.889/1973, artigo 3º, § 2º), e findou cizânia doutrinária e jurisprudencial há tempos existente, e evidenciada inclusive no Informativo do TST acima descrito, que em seus termos negou a possibilidade do grupo econômico sem a existência de hierarquia na relação interempresarial. Não obstante, a vasta maioria dos estudiosos recebeu de forma benevolente a medida, cumprindo nesse aspecto a citação da nobre doutrina de Maurício Godinho Delgado:

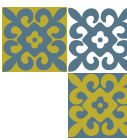
o novo texto legal incorporou os argumentos brandidos pelas melhores reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, afastando, inequivocamente, a vertente hermenêutica restritiva, que exigia a presença de relação hierárquica, verticalizante, entre as entidades componentes do grupo econômico, sob pena de não considerar caracterizada a figura jurídica especial justralhista. Ao invés, o novo texto legal explicita evidente escolha pela vertente interpretativa da simples coordenação interempresarial, que já era firmemente incorporada pela Lei do Trabalho Rural, de 1973 (art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73) e por parte expressiva da doutrina laboral pátria (GODINHO DELGADO, 2017, p. 100).

O último ponto de destaque acerca da temática é a provável extinção da possibilidade de reconhecimento de solidariedade ativa para fins de grupo econômico. Em breves termos, havia discussão se a prestação laborativa do empregado poderia ser exigida somente pela empresa responsável por sua contratação ou se o trabalho deveria se estender a todos os entes componentes do grupo empresarial. A nova redação do artigo 2º, § 2º, do texto consolidado parece rechaçar a solidariedade ativa, ao expressar que as empresas do conglomerado “*serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego*”, em contraponto ao antigo teor do dispositivo legal, que contemplava a caracterização do grupo econômico “*para os efeitos da relação de emprego*”.

Vê-se que, pela antiga redação, o conglomerado econômico surgia com escopo bifronte, uma vez que impunha às empresas o dever de adimplemento perante os direitos trabalhistas reconhecidos ao trabalhador, e, ao mesmo tempo, instituiu a possibilidade da prestação de serviço do obreiro em favor de todas as componentes do conglomerado. A nova redação, por sua vez, parece ter ceifado a possibilidade interpretativa de impor ao trabalhador o labor em favor de empresa não responsável por sua contratação. A novel legislação é clara ao dispor que as componentes “*serão responsáveis pelas obrigações*”, ou seja, estreita os efeitos do grupo econômico ao desígnio de corresponsabilidade perante a dívida trabalhista.

Ressalte-se que a tese de extinção da solidariedade ativa diante do novo teor do artigo 2º, § 2º, da CLT é recente e deverá passar pelo crivo dos estudiosos do direito juslaboral, cabendo aguardar o desenvolvimento da temática em julgados e obras doutrinárias futuras, principalmente o posicionamento do TST acerca da manutenção, ou não, de sua Súmula nº 129, que respalda a solidariedade ativa.

Em arremate, a título de esclarecimento, destaque-se que a reforma trabalhista de 2017 não se debruçou sobre a possibilidade, ou não, de declaração do grupo econômico somente na fase de execução, razão por que deve permanecer o entendimento consagrado



na jurisprudência de plena viabilidade do reconhecimento de conglomerados na execução judicial. A uma, porque a responsabilidade na hipótese é de índole solidária e decorre de lei. A duas, porque o exercício do direito de defesa poderá ser exercido em sede de embargos à execução, não havendo falar em cerceamento ou desobediência ao devido processo legal. A três, porque nesse sentido apontou o TST ao cancelar seu verbete sumular nº 205 (“O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução”).

7. Considerações Finais

Em que pese a Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/17 ter se debruçado primordialmente em aspectos materiais do Direito do Trabalho, de modo a implantar severas modificações no âmbito dos contratos de trabalho e nas condições laborativas vivenciadas no cenário nacional, a presente obra demonstrou que foram relevantes as mudanças promovidas na fisiologia da execução trabalhista, contemplando transformações, dentre outros aspectos, na posição do magistrado perante a fase de constrição e expropriação, na possibilidade de perda da pretensão executória do credor, na apuração do crédito decorrente das obrigações reconhecidas em sentença e nos limites, subjetivos e objetivos, da responsabilidade patrimonial perante do débito trabalhista.

Em verdade, grande parte da nova lei transmuda de forma profunda posicionamentos sedimentados pela doutrina e jurisprudência trabalhista pátria. Em vários aspectos, a reforma trabalhista de 2017 desafia a própria natureza do Direito Trabalhista, sendo necessário o empenho contumaz dos operadores do direito laboral para que as interpretações e extensões conferidas à nova norma preservem os atributos e as particularidades da Justiça Social, sem descuidar das regras de hermenêutica e do bom senso que deve envolver o exame do ordenamento jurídico.

Encaminhando essas conclusões à fase de execução, torna-se imprescindível à doutrina e jurisprudência trabalhista lidar com os termos da nova legislação de forma acurada, com interpretações ponderadas e coerentes à realidade Juslaboral, e primando pela satisfação integral do crédito trabalhista de natureza alimentar. As modificações encampadas pela nova lei não possuem condão de transmutar o real escopo da fase executória, tampouco de rechaçar o epílogo da necessidade de meios coercitivos eficazes e contundentes com o fim de garantir ao vencedor o que lhe foi reconhecido em comando sentencial, sem descurar, por óbvio, do princípio da menor onerosidade ao executado.

Olvidar de tal postura representaria a construção de cenário jurídico desapiedado ao credor trabalhista, com empregadores enxergando como vantajosa a infração da lei e o enfrentamento de uma conseqüente demanda trabalhista morosa e ineficaz.

8. Referências

ALVIM, José Manoel Arruda. Da prescrição intercorrente, in Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 34

GODINHO DELGADO, Maurício. A Reforma Trabalhista no Brasil – Comentários à Lei nº 13.467/17. 1ª Ed. São Paulo: LTR, 2015. P. 100, 101, 303 e 353.

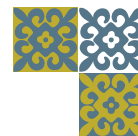
INFORMATIVO 83 DO TST – Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 10 de março de 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 29ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P.770.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. VI, 1970. P. 38.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: LTR, 2016. P. 1076.

V SEMANA INSTITUCIONAL DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO – Disponível em <www.trt8.jus.br>. Acesso em 10 de março de 2018.



A dispensa coletiva trabalhista à luz dos deveres de socialidade e eticidade dos contratos

Maurício de Melo Teixeira Branco¹

Resumo: O presente artigo analisa a nova redação conferida ao texto da CLT, em seu artigo 477-A, para discutir a aplicação dos princípios de eticidade e socialidade ao encerramento dos contratos de trabalho. Defende que o encerramento unilateral do contrato de trabalho pelo empregador corresponde a rediscussão do contrato de trabalho. Conclui que não se pode, no ordenamento brasileiro, permitir que a dispensa coletiva ocorra sem a intervenção dos sindicatos.

Palavras-chave: Dispensa coletiva. Boa-fé. Função social.

Sumário: 1 Introdução. 2 Comentários ao processo legislativo que deu origem ao artigo 477-A da CLT. 3 A força dos princípios nas relações privadas. 4 Os deveres de socialidade e boa-fé. 5 Aplicação da socialidade e boa-fé ao encerramento dos contratos de trabalho. 6 Conclusão.

1. Introdução

A disciplina do encerramento do vínculo empregatício é dos temas que mais desperta discussões no âmbito do Direito do Trabalho. Sem qualquer dúvida, as hipóteses de extinção unilateral dos contratos são as que encerram maior controvérsia, diante da necessidade de promover o equilíbrio entre autorizar o exercício regular de um direito e buscar resguardar os contratantes dos efeitos irregulares decorrentes de seu abuso.

Por atingir uma coletividade de trabalhadores, o tema da despedida em massa sempre foi alvo de especial consideração. Segundo Orlando Gomes (1974, p. 575), a dispensa coletiva é a “rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados”.

Luciano Martinez (2016, p. 651) segue a mesma definição, ao conceituar como a que é “operada simultaneamente, por motivo único, contra um grupo de trabalhadores, sem pretensão de substituição dos dispensados”.

Em 2009, em virtude do grave impacto social das despedidas havidas na Embraer, a jurisprudência convencionou que este ato deveria ser precedido por negociação coletiva, por meio de decisão da Seção de Dissídios Coletivos do TST, sob a relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, cuja ementa aqui se transcreve:

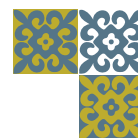
Recurso ordinário em dissídio coletivo. Dispensas trabalhistas coletivas. Matéria de direito coletivo. Imperativa interveniência sindical. Restrições jurídicas às dispensas coletivas. Ordem constitucional e infraconstitucional

¹ Advogado, graduado (2006) e mestre (2009) pela Universidade Federal da Bahia. Professor universitário, membro do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho.

democrática existente desde 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que 'a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores'. (TST, ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000, Data de Publicação: DEJT 04/09/2009)

Por meio do julgado em questão, restou fixado pelo TST como premissa que as despedidas coletivas não se equiparam às despedidas individuais, razão pela qual as primeiras exigem serem precedidas por negociação coletiva. Tal entendimento restou largamente aplicado pelos demais Tribunais trabalhistas, sendo possível destacar como exemplo a decisão do TRT da 1ª Região no julgamento da despedida ocorrida na Webjet, dentre outros julgados mais recentes.

A despeito de o tema ter sido considerado como já superado pela jurisprudência, a inovação trazida pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que adicionou ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 477-A, reinaugurou os debates sobre a matéria.



Tal decorre do fato de que o novo dispositivo possui redação em sentido diametralmente contrário ao posicionamento anteriormente solidificado pelo TST:

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.

Na esteira do novo texto legislativo, observou-se o encerramento coletivo de contratos, por ato do empregador, sem a realização de negociação coletiva precedente, fatos amplamente divulgados pela imprensa nacional. Como exemplo, é possível citar a despedida de 1.200 professores do grupo de ensino superior Estácio, divulgada em 05.12.2017, além de diversos outros atos no mesmo sentido.

Em face do dissenso interpretativo, a matéria restou judicializada, sendo observada a alternância de decisões ora autorizando, ora vedando a conduta do empregador. Ao fim, observa-se que, julgando Reclamação Correcional em face de decisões da Justiça do Trabalho, o atual Presidente do TST avocou para si a posição final sobre a matéria, como se infere das seguintes decisões recentes proferidas pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho:

Quanto à situação excepcional de abuso, este se encontra no impedimento ao exercício do direito potestativo de dispensa, desde que pagas as verbas rescisórias devidas, invocando, para se exigir a negociação coletiva prévia com o sindicato em face do número de empregados dispensados, decisão judicial superada tanto pela lei quanto pela própria jurisprudência pacificada do TST, causando gravame substancial à Requerente, dada a limitação temporal para dispensa de professores, na “janela” dos meses de julho e dezembro. A hipótese é de nítido ativismo judiciário, contrário ao pilar básico de uma democracia, da separação entre os Poderes do Estado. Com efeito, em que pese por décadas, desde que a Constituição Federal de 1988 foi editada, demissões plúrimas se darem, apenas em 2009, em precedente da SDC, calcado em princípios gerais constitucionais, é que se passou a exigir, mesmo sem lei específica, a negociação coletiva prévia às demissões plúrimas. Ou seja, por mais de 20 anos teríamos convivido com essa inconstitucionalidade de conduta patronal. E mais. Em nítido reconhecimento do ativismo judiciário que se praticava, o precedente da SDC registrou que a orientação apenas se adotaria nos próximos dissídios coletivos de natureza jurídica ajuizados com esse objeto, como se lei fosse. Cite-se, por oportuno, trecho do referido precedente, verbis:

[...]

Justamente para fazer frente a tal precedente é que o legislador ordinário deixou expresso, na reforma trabalhista veiculada pela Lei 13.467/17, no art. 477-A da CLT, que as demissões plúrimas prescindem de negociação coletiva prévia, verbis: “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” (grifos nossos). Não bastasse tanto, a própria jurisprudência da SDC foi revista pelo Pleno do TST, sendo superada em precedente que não admite dissídio coletivo de natureza jurídica para discutir demissões plúrimas, nos quais se firmara a tese da exigência de negociação coletiva, em interpretação de nosso ordenamento jurídico trabalhista (cfr. TST-RO-10782-38.2015.5.03.0000, Red. Min. Maria Cristina Peduzzi, julgado em 18/12/17, com acórdão ainda não publicado). Convém registrar que a própria tese de fundo não deixou de ser levantada no julgamento plenário, ainda que obiter dictum, ou seja, sem fixação de entendimento da Corte, com os ministros que acompanharam a divergência da redatora designada para o acórdão se perfilando, em passant, pela aplicação da lei nova ao caso, lembrando que agora legem habemus. [...]

(TST. CorPAR-1000011-60.2018.5.00.0000. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJT 11.01.2018)

Com a devida vênia, em que pesem os sólidos argumentos expendidos na referida decisão, opina-se que o posicionamento atual adotado pelo TST não deve ser mantido, uma vez que o entendimento anterior se encontrava em maior conformidade ao ordenamento jurídico. É o que se pretende demonstrar com esse artigo.

2. Comentários ao processo legislativo que deu origem ao artigo 477-A da CLT

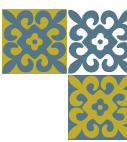
Da análise do *decisum* oriundo da Presidência do TST, observa-se que a crítica ao ativismo judicial possui papel de destaque, razão pela qual se aproxima do pensamento de Estevão Mallet (2017, p. 123-142) sobre o tema, em artigo publicado na respeitada Revista da Faculdade de Direito da USP.

No texto em questão, o professor discorre sobre o contexto em que foi proferida a decisão paradigmática da SDC, para sustentar que sua aprovação por apertada maioria, somada ao fato de que os argumentos expendidos não teriam efetiva densidade, concluem pela impossibilidade de exigir a negociação coletiva prévia à dispensa coletiva.

Partindo das mesmas observações anteriormente tecidas por Estevão Mallet, a decisão da presidência do TST destaca o efeito normativo oriundo da aprovação da Lei 13.467/2017 (‘agora *legem habemus*’), para o qual chama atenção ao efeito expresso da vontade legislativa de superar o precedente da SDC.

Cumprir destacar que não se concorda em nenhum ponto com a referida argumentação, posto que os princípios indicados na decisão anterior também são normas jurídicas positivas no ordenamento pátrio. Talvez o mais correto seria apontar que agora existe “regra” a disciplinar o tema.

Não se pode deixar de notar, todavia, que a alteração legislativa é justificada como principal fundamento para a mudança no posicionamento jurisprudencial do TST. Em que pese aqui não se pretenda discutir a validade formal da Lei 13.467/2017, considera-se importante analisar o processo de gênese do atual artigo 477-A da CLT, para demonstrar



que materialmente o processo de aprovação do seu texto não é capaz de afastar a discussão sobre sua legitimidade.

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 6787/2016, que futuramente se tornaria a Lei 13.467/2017, recebeu nada menos que 1340 emendas, apresentadas por diversos parlamentares.

Compulsando a tramitação do referido Projeto de Lei, observa-se que coube ao Deputado Federal Jerônimo Goergen (PP/RS) propor a criação do parágrafo 9º ao artigo 477 da CLT, com o texto que posteriormente foi renumerado para artigo 477-A. O dispositivo em comento foi apresentado por meio de Emenda na Comissão 491, em 21.03.2017, com a seguinte fundamentação:

Assegurar a igualdade para os empregados e para as empresas nas dispensas individual, plúrima ou coletiva. Esclarece em lei que os empregados possuem direitos iguais na rescisão imotivada do contrato de trabalho, independentemente da modalidade da dispensa: individual, plúrima ou coletiva.

A distinção, que vinha crescendo na jurisprudência antes da crise econômica, tratava de forma desigual os empregados nos processos de dispensa coletiva, com a obrigatoriedade de negociação com vantagens adicionais para rescisão contratual. Além disso, a legislação estabelece quais as verbas rescisórias devem ser pagas e também regula o seguro-desemprego e o saque na conta vinculada ao FGTS. A crise mostrou que a medida é inadequada, também sob o ponto de vista da atividade econômica, pois milhares de empresas poderiam estar fechadas e outras sem o capital necessário para a retomada, se essa jurisprudência tivesse sido aplicada nos últimos anos. Logo, a medida teria potencial para ampliar o número já expressivo de desempregados no país, que já atingiu o marco de mais de 12 milhões em 2017, índice sem antecedentes no Brasil nos últimos cinco anos.

O texto acima corresponde à integralidade da exposição de motivos apresentada na sugestão normativa que veio a se tornar o dispositivo em questão. Em verdade, se é possível questionar a decisão da SDC de 2009 por remeter a dispositivos gerais da Constituição, não se mostra muito razoável que o único argumento jurídico a embasar a proposta seja justamente a isonomia, em sentido apenas formal, sob a tese de que todos os trabalhadores teriam o mesmo direito a ser dispensados sob um único procedimento, independente da modalidade. Trata-se de estranha hipótese de isonomia *in pejus*, para a qual não se identifica precedente.

Ora, chama-se atenção de que é a isonomia, em sentido material, que justifica a existência do dever de proteção da parte hipossuficiente da relação individualmente considerada. Por sua vez, é a participação do sindicato, no âmbito coletivo, que garante à autonomia privada força normativa, sob o aspecto da equivalência dos contratantes coletivos.

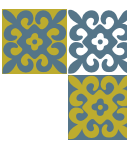
A despeito da indicação de Autoria pelo citado deputado, a mesma proposta foi também apresentada pelo Deputado Federal Alfredo Kaeyer (PSL/PR) por meio da Emenda na Comissão 699, em 22.03.2017:

Assegurar a igualdade para os empregados e para as empresas nas dispensas individual, plúrima ou coletiva esclarece em lei que os empregados possuem direitos iguais na rescisão imotivada do contrato de trabalho, independentemente da modalidade da dispensa: individual, plúrima ou coletiva. A distinção, que vinha crescendo na jurisprudência antes da crise econômica, tratava de forma desigual os empregados nos processos de dispensa coletiva, com a obrigatoriedade de negociação com vantagens adicionais para rescisão contratual. Além disso, a legislação estabelece quais as verbas rescisórias devem ser pagas e também regula o seguro-desemprego e o saque na conta vinculada ao FGTS. A crise mostrou que a medida é inadequada, também sob o ponto de vista da atividade econômica, pois milhares de empresas poderiam estar fechadas e outras sem o capital necessário para a retomada, se essa jurisprudência tivesse sido aplicada nos últimos anos. Logo, a medida teria potencial para ampliar o número já expressivo de desempregados no país, que já atingiu o marco de mais de 12 milhões em 2017, índice sem antecedentes no Brasil nos últimos cinco anos.

Embora não se exija originalidade das propostas legislativas, não deixa de ser curioso que dois parlamentares distintos apresentem exatamente a mesma sugestão normativa, com exatamente a mesma exposição de motivos. Ainda assim, tal não tem o condão de invalidar o texto de Lei aprovado, malgrado as duas Emendas tenham sido individualmente aprovadas pela Comissão, como se fossem distintas.

Todavia, se a discussão recair sobre a legitimação da norma em questão, não será possível deixar de notar que o texto das duas emendas, por sua vez, corresponde à exata redação que consta da Revista Via Juris (2017), publicada no site do Instituto Via Juris anteriormente à apresentação das propostas, com diversas sugestões de alteração do texto da CLT:

Assegurar a igualdade para os empregados e para as empresas nas dispensas individual, plúrima ou coletiva esclarece em lei que os empregados possuem direitos iguais na rescisão imotivada do contrato de trabalho, independentemente da modalidade da dispensa: individual, plúrima ou coletiva. A distinção, que vinha crescendo na jurisprudência antes da crise econômica, tratava de forma desigual os empregados nos processos de dispensa coletiva, com a obrigatoriedade de negociação com vantagens adicionais para rescisão contratual. Além disso, a legislação estabelece quais as verbas rescisórias devem ser pagas e também regula o segurodesemprego e o saque na conta vinculada ao FGTS. A crise mostrou que a medida é inadequada, também sob o ponto de vista da atividade econômica, pois milhares de empresas poderiam estar fechadas e outras sem o capital necessário para a retomada, se essa jurisprudência tivesse sido aplicada nos últimos anos.



Na revista em questão, para além da fundamentação, se encontra também a expressa sugestão de criação de artigo de Lei, com o mesmo texto do novel 477-A, na Revista apresentada como 477, parágrafo 9º, que é como constou das Emendas.

No mesmo site do Instituto Via Juris, consta também que o Deputado Federal relator da Comissão Especial da Reforma Trabalhista, Roberto Marinho (PSDB-RN), teria recebido um exemplar da publicação em questão no dia 04.04.2017 (INSTITUTO VIA JURIS, 2017).

Frise-se: não há vedação legal de que cidadãos apresentem a parlamentares sugestões normativas. No entanto, considerando a relevância do tema aqui discutido, é importante notar que não foi identificado (sequer na publicação) quem seria o autor intelectual da proposta.

Considerando as particularidades do processo legislativo brasileiro, não se exige dos representantes do povo que suas propostas se moldem à visão doutrinária e jurisprudencial dos Tribunais sobre um tema. Quando oriunda da criação do parlamentar, a proposta deve refletir basicamente a ideologia esposada pelo mesmo, bem como aderência a suas propostas eleitorais.

Da mesma forma, é de se imaginar que uma Emenda parlamentar seja alvo de críticas e divergências por outros parlamentares. A sua aprovação, após debates, talvez seja a principal fonte de sua legitimação social. Como era de se esperar, a proposta legislativa apresentada foi alvo de pedido de alterações e supressões.

Mas é absolutamente singular observar que a maior oposição à criação do dispositivo em questão tenha partido do Deputado Federal Jerônimo Goergen (PP/RS). Curiosamente, o próprio Autor da proposta de redação do dispositivo em questão se tornou seu maior e melhor opositor, trazendo em 18.04.2017 a, com pedido de supressão do artigo por ele apresentado.

A análise da exposição de motivos da Emenda ao Substitutivo 27 aparentemente filia o parlamentar aos fundamentos trazidos pela SDC do TST, entendendo que o texto atualmente vigente contraria até mesmo a lógica que conduzia a toda a Reforma Trabalhista na Comissão:

É cediço que as demissões coletivas, mais que as demissões pontuais, são fatores que causam enorme instabilidade a todos os envolvidos, além de serem traumáticas para todos aqueles que atravessam a experiência. As demissões em massa impactam não somente trabalhadores e empresas, mas acabam por atingir a sociedade como um todo. Desde o abalo à economia, até, por vezes, o severo comprometimento da saúde de cidades, como nos casos de encerramento das atividades de uma empresa que emprega parte considerável da população daquela localidade. A busca para esta inovação legislativa certamente originou-se de tentativa de esquivo às tendências jurisprudências que fixaram a necessidade de negociação prévia, entre empresa e sindicato, ante à necessidade de dispensa coletiva. Da forma tal como se encontra, além de desconsiderar

a severidade dos impactos sociais e econômicos decorrentes, parece-nos que o Legislador pretendeu limitar e interferir em direito constitucional assegurado aos sujeitos envolvidos em negociações coletivas. Inexiste, no ordenamento jurídico atual, qualquer lei ou determinação que limite ou cerceie os objetos das negociações coletivas, muito pelo contrário, até reduções salariais poderão ser objetos destas negociações. Por mais esta razão, soa desarrazoável e indefensável a alteração pretendida, afinal, a negociação visa, tão somente, conferir equilíbrio à relação de trabalho. A inserção do texto, em última análise, constitui retrocesso ao sistema democrático e da mínima intervenção do Estado nas relações privadas, fato que sai na contramão de toda reforma trabalhista.

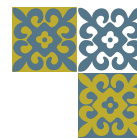
Se tal for possível sem violação do dever de coerência, concorda-se com a crítica feita pelo Deputado Federal Jerônimo Goergen (PP/RS) ao 'legislador', no sentido de que a redação do dispositivo de Lei visou apenas esquivar as tendências jurisprudenciais que tratavam da matéria.

E o argumento parece ter cativado outros parlamentares, visto que o Deputado Federal Goulart (PSD/SP) o utilizou para elaborar a Emenda ao Substitutivo 306, que possui a seguinte fundamentação:

É cediço que as demissões coletivas, mais que as demissões pontuais, são fatores que causam enorme instabilidade a todos os envolvidos, além de serem traumáticas para todos aqueles que atravessam a experiência. As demissões em massa impactam não somente trabalhadores e empresas, mas acabam por atingir a sociedade como um todo. Desde o abalo à economia, até, por vezes, o severo comprometimento da saúde de cidades, como nos casos de encerramento das atividades de uma empresa que emprega parte considerável da população daquela localidade. Da forma tal como se encontra o texto proposto, além de desconsiderar os impactos sociais e econômicos decorrentes, interfere em direito constitucional assegurado aos sujeitos envolvidos em negociações coletivas. Ademais, atualmente, inexistente norma ou determinação que limite ou cerceie os objetos das negociações coletivas, tendo em vista que a negociação visa, tão somente, conferir equilíbrio à relação de trabalho. Diante de todo o exposto, e em face da relevância social da proposta, contamos com o apoio dos nobres pares para a aprovação da presente emenda.

Com a devida vênia, a fundamentação contida no voto do ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000 possui maior densidade jurídica e argumentativa do que a exposição de motivos da Emenda que deu origem ao dispositivo em questão.

Merece destaque, no caso, que o fundamento para todas as propostas de alteração do texto legal remetem à jurisprudência já consolidada pelo TST acerca da matéria. É o caso da Emenda ao Substitutivo 40 apresentada pelo Deputado Federal Orlando Silva (PCdoB/SP), que conta com a seguinte exposição de motivos:



Com o acréscimo de novo artigo 477-A e B pretende-se possibilitar a demissão em massa de empregados sem a exigência de negociação coletiva com o sindicato da categoria. Na atualidade já é posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho da vedação de dispensa imotivada em massa sem prévia negociação com o sindicato representativa da categoria dos trabalhadores. Ora, a assistência ao trabalhador foi criada para coibir práticas abusivas feitas pelo empregador, e esses artigos permitirá a demissão em massa de forma indiscriminada que vai na contramão da justificativa da reforma trabalhista que segundo seu autor pretende a criação de mais empregos. Nesse sentido, não se sustenta a alteração pretendida pelo substitutivo e conclamamos os nobres pares para aprovar a presente emenda.

O mesmo fundamento, inclusive com a mesma redação, também constou da Emenda ao Substitutivo 184, apresentada pelo Deputado Federal Hissa Abrahão (PDT/AM), assim como da Emenda ao Substitutivo 193, apresentada pelo Deputado Federal Sérgio Vidigal (PDT/ES), bem como na Emenda ao Substitutivo 259, dos Deputados Chico Alencar e Luiza Erundina (PSOL/RJ e PSOL-SP).

Talvez por esse motivo, o mesmo Deputado Federal Jerônimo Goergen (PP/RS) tenha decidido apresentar à Comissão também a Emenda ao Substitutivo 295, no qual eleva o tom das críticas, para justificar o pedido de supressão do atual artigo 477-A:

[...]

Superadas estas especificidades pormenorizadas, não se pode olvidar de registrar que, em menor ou maior grau, algumas das alterações limitam de forma absolutamente desproporcional o direito da livre negociação das entidades sindicais, cuja maturidade negocial foi amplamente conferida com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A título exemplificativo, menciona-se a tentativa de inserção de artigo que dispensa a negociação nos casos de demissão em massa. Trata-se de medida desproporcional e sem qualquer motivação lógica e aceitável aparente.

Por outro lado, não se encontrou registro de que o texto do artigo 477-A da CLT tenha sido defendido no plenário da Câmara. Em razão da elevada celeridade conferida à tramitação do Projeto de Lei 6.787/2016, o seu texto foi encaminhado para o Senado Federal após ter tido discutida uma única alteração no substitutivo apresentado pelo relator.

No Senado, o Projeto de Lei da Câmara n. 38, de 2017, teve 864 sugestões de alteração de seu teor por meio de emendas, apresentadas por senadores de diversos partidos. Nenhuma das referidas emendas logrou ser aprovada ou discutida quanto a seu teor.

Novamente se chama a atenção para o fato de que não se discute, neste trabalho, a existência do dispositivo contido no artigo 477-A da CLT. Apenas pretende-se sinalizar que a afirmação ‘*agora legem habemus*’ pode simplesmente não revelar a complexidade do processo legislativo, dentro do jogo democrático, que conduz à aprovação de uma norma.

Por outro lado, não se está buscando reduzir ou diminuir a observação feita por Estevão Mallet (2017) acerca da conveniência de conferir efeito vinculante a um julgado aprovado por “apertada maioria”, cuja crítica é lúcida e pertinente. Em absoluto se postula que a atuação judicial possa substituir a produção legislativa.

Da mesma forma, a própria decisão proferida pelo Presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins Júnior, demonstra o quão complexa pode ser a formação de entendimento na Corte em questão. Aqui se transcreve parte de seu voto proferido nos autos do Processo Nº 1000393-87.2017.5.00.0000:

In casu”, para impedir a utilização, pelo empregador, do direito potestativo de dispensa sem justa causa, a autoridade coatora e a autoridade requerida, contra expresse texto de lei, exigiram o que a lei expressamente dispensa, que é a intermediação negocial do sindicato de classe para as demissões ditas de massa. Com efeito, o art. 477-A da CLT, bem como decisão do Pleno do TST (cfr. TST-RO-10782-38.2015.5.03.0000, Red. Min. Maria Cristina Peduzzi, julgado em 18/12/17), vieram a superar a orientação da SDC do TST, que exigia a negociação coletiva prévia à demissão em massa.

Malgrado até a presente data não seja possível ter acesso ao teor do julgado proferido no RO-10782-38.2015.5.03.0000, observa-se que a matéria levada ao Pleno do TST originalmente competia à adequação da via eleita (dissídio coletivo de natureza jurídica) em face da vedação contida na OJ 7 da SDC do TST, tese para a qual o Ministro Ives Gandra Martins Filho havia aberto divergência.

Considerando que a matéria conduzida ao plenário versava sob o aspecto processual da decisão, talvez seja preciso analisar com maior vagar como tal julgado pode ter superado, na dimensão material, a orientação anterior da SDC.

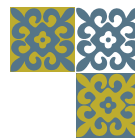
No entanto, é preciso analisar se é possível que a aplicação do texto legal seja interpretada sem qualquer interferência dos princípios.

3. A força dos princípios nas relações privadas

Como indicado no ponto anterior, tanto a decisão proferida pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Ives Gandra Martins Filho, quanto o posicionamento adotado por Estevão Mallet convergem no sentido de que a aplicação de princípios constitucionais do Direito não seriam suficientes para justificar a restrição à despedida.

Nesse sentido, aqui se traz a crítica tecida por Estevão Mallet (2017), ao discorrer sobre o tema, em trecho que cita a obra de Jorge Reis Novais:

O que se nota, na situação concreta, é que os princípios, especialmente o da dignidade da pessoa humana, são utilizados de maneira “meramente retórica”,



aproveitando-se de sua maior indeterminabilidade para os instrumentalizar “em favor de concepções particulares não consensualmente partilhadas que se procuram impor coercitivamente”.

Por sua vez, nota-se na decisão proferida pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho pouco apreço pelo argumento da força dos princípios constitucionais positivos, como se observa no trecho a seguir:

[...] A hipótese é de nítido ativismo judiciário, contrário ao pilar básico de uma democracia, da separação entre os Poderes do Estado. Com efeito, em que pese por décadas, desde que a Constituição Federal de 1988 foi editada, demissões plúrimas se darem, apenas em 2009, em precedente da SDC, calçado em princípios gerais constitucionais, é que se passou a exigir, mesmo sem lei específica, a negociação coletiva prévia às demissões plúrimas. [...] (TST. CorPAR-1000011-60.2018.5.00.0000. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJT 11.01.2018)

Do exposto, faz-se necessário analisar em que medida os referidos princípios de matriz constitucional vinculam a interpretação judicial, a partir da análise do seu conteúdo.

Embora se concorde em parte com o posicionamento do eminente professor Estevão Mallet (2017), não se pode imaginar que o princípio da dignidade da pessoa humana não possua qualquer aplicabilidade ao caso em questão. Malgrado a simples indicação da dignidade da pessoa humana não sirva à fixação do como proceder no caso em concreto, possui eficácia em face de qualquer ato que não realize o seu conteúdo, ou que torne mais difícil a sua realização.

Se não tivesse qualquer conteúdo normativo, poderia ser utilizado como argumento em sentido inverso, ou seja, serviria também a fundamentar a realização das despedidas coletivas. Mas não se encontra nenhum autor que entenda que tal (dignidade) legitima o encerramento do contrato por iniciativa do empregador, cujo esteio seria principalmente a autonomia privada.

Não se pretende que o debate reste apenas no plano dos efeitos da dignidade da pessoa humana. A partir da análise da discussão sobre a matéria, observa-se que o verdadeiro argumento de fundo é saber se a despedida, entendida como ato potestativo do empregador, pode ser limitada em sua dimensão coletiva.

Curiosamente, as posições em comento não enfrentam justamente aquele que se entende ser o mais forte dos argumentos a limitar o exercício da despedida coletiva, que são os deveres de socialidade e boa-fé, oriundos do Direito Civil e de aplicação obrigatória nos atos da vida privada.

4. Os deveres de socialidade e boa-fé

Discorrendo sobre o tema da boa-fé, Clóvis V. do Couto e Silva (2006, p. 22) indica que há sistemas jurídicos que adotam o nexu finalístico como posição relevante à formação dos atos da vida privada. Nesses sistemas, a autonomia não possui caráter absoluto, mas sim voltado à realização de um objetivo. Para o Autor, o dever que promana e boa-fé é o dever de consideração para com o outro.

Tratando da formação dos contratos, defende na sua tese que “a faculdade de determinar o conteúdo do negócio jurídico pode ser restringida em razão do desnível do poder econômico” (SILVA, 2006, p. 37), hipótese facilmente encontrada nas relações de trabalho. Ao tempo em que tal tema não se encontrava regulado pelo Código Civil, o Autor já defendia a aplicação da boa-fé como proposição fundamental de direito, independente da sua positivação.

O efeito do pensamento de Clóvis do Couto e Silva no ordenamento brasileiro pode ser traduzido pela positivação do artigo 422 do Código Civil, de que os contratantes devem guardar os princípios de probidade e boa-fé na conclusão do contrato.

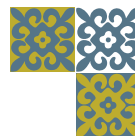
Por sua vez, Judith Martins-Costa (2015, p. 262) traça importante distinção entre a boa-fé subjetiva, que é descrita como o agir psicológico contrário a estar de má-fé, na qual o sujeito “tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito”.

Já a boa-fé objetiva corresponde não só a um princípio, mas a um *standard* ou modelo, por meio do qual os participantes devem ajustar o seu comportamento, para assegurar as expectativas que formam o contrato (MARTINS-COSTA, 2015, p. 263). Assim, defende Clóvis do Couto e Silva (2006, p. 40) que existe um dever bilateral de proteção, que impede que uma das partes cause à outra um dano, em razão da sua atividade. Trata-se de efetivo limite à autonomia privada, razão pela qual mesmo direitos potestativos possuem restrições dadas pelo ordenamento.

Destaque-se que reconhecer que um direito é potestativo implica apenas indicar que não corresponde um direito a uma prestação. Não se pode imaginar que tal característica de forma do ato possa indicar que os direitos potestativos sejam absolutos, arbitrários ou que possam ser exercidos de forma ilícita, ou seja, independentemente do seu conteúdo.

No presente estudo, se remete a essa definição de boa-fé objetiva, que parece ter sido a que foi positivada em nosso ordenamento. Tal postulado, por sua vez, é completado pelo dever de socialidade.

Na exposição de motivos do Código Civil de 2002, Miguel Reale (NOVO CÓDIGO CIVIL, 2005, p. 27), em carta remetida ao então Ministro da Justiça, Armando Falcão, expõe com clareza os pressupostos metodológicos que conduziram a elaboração do texto legal, para indicar a escolha pelos princípios da “socialidade” e “concreção” como balizas da construção do Código:



Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade.

Discorrendo sobre a criação do texto de 2002 e o processo de codificação civil, Mario Luiz Delgado (2011, p. 296) aduz que “o princípio da socialidade, que não se confunde com ‘socialismo’, significa a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, mas sempre observando a pessoa humana e sua dignidade como valor fundante do ordenamento”.

Enquanto a regra de concreção corresponde ao reconhecimento do Código enquanto estrutura plástica, ou seja, que comporta modificações em face dos processos hermenêuticos, a finalidade social do contrato é indicada como verdadeiro limite ao exercício da vontade, indicando a impossibilidade de reconhecer liberdades absolutas no campo negocial:

c) Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica. (NOVO CÓDIGO CIVIL, 2005, p. 42)

Da integração desse postulado com o texto constitucional, observa-se que o dever de socialidade possui lastro no artigo 170 da CF de 1988, que disciplina que a ordem econômica possui como finalidade principal assegurar a função social da propriedade e a busca pelo pleno emprego.

Conforme leciona Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2007, p. 118), a partir da socialidade “tenciona-se retirar a lei civil do individualismo típico do modelo liberal”, pensamento representado que representado no texto contido no artigo 421 do Código Civil.

Em verdade, tanto a socialidade quanto a boa-fé estão diretamente relacionados. Ou seja: o dever de socialidade, previsto no anteprojeto, se realiza no direito positivo também através da boa-fé objetiva e da probidade.

Assim, compete ao Código Civil o fechamento interpretativo da proposta em questão, a demonstrar que as relações privadas, em que pese marcadas por uma relativa autonomia, também se submetem igualmente ao dever de atender à finalidade social do direito.

No entanto, não se pode imaginar que o dever de socialidade seja uma construção apenas do Código Civil de 2002, nem que sua aplicação seja restrita ao âmbito das relações

civis. Isso porque o mesmo dever se encontra no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Justificando tal artigo, defende Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2007, p. 130) que o solidarismo não interessa apenas aos contratantes, mas a toda a sociedade. De fato, se o objetivo final da socialidade é alcançar a igualdade entre os contratantes, aponta o Autor ser objetivo que todas as partes tenham igualmente autonomia, e não apenas uma delas:

O solidarismo social ostenta um primeiro contorno, que vale para qualquer das relações jurídicas, paritárias ou não, de, justamente, preservar uma substancial igualdade entre as pessoas, garantindo que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão de exigência de colaboração entre os contratantes, assim socialmente úteis.

Frise-se que também a jurisprudência já se firmou no sentido de que a boa-fé é aplicável a todas as relações privadas. Nesse sentido, é conveniente destacar o recente julgado do STJ no REsp 1363814/PR, de relatoria do Ministro MOURA RIBEIRO, julgado em 17/10/2017, no qual a regra de eticidade prevaleceu sobre a disposição contratual de atualização cambiária.

No âmbito do TST, a mesma tese se mostra presente nos julgamentos, como se infere do julgado sob a relatoria do Ministro Cláudio Brandão no processo AIRR - 166500-91.2009.5.06.0020, de 13 de dezembro de 2017, no qual a cláusula geral de boa-fé objetiva é o principal fundamento da decisão.

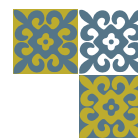
Logo, é papel do Estado exigir a observância de tais princípios, seja no âmbito das relações cíveis ou das relações de trabalho. Em verdade, inexistente relação jurídica privada que prescindia do dever de eticidade e socialidade dos contratos.

5. Aplicação da socialidade e boa-fé ao encerramento dos contratos de trabalho

Como indica Carlyle Popp apud Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2007, p. 118), “a função social do contrato representa um mecanismo interventivo da diminuição da desigualdade para, com isso, aumentar-se a liberdade real dos contratantes”.

Destaque-se que o dever de observância da boa-fé objetiva constou do voto do Ministro Maurício Godinho Delgado na decisão da SDC de 2009, malgrado tenha sido voto vencido no julgamento. Embora o tema já tenha sido julgado no TST, é conveniente que se retorne à sua discussão, uma vez que o fundamento fático atual não é o mesmo observado em 2009.

É que na definição clássica de Orlando Gomes (1974, p. 575) exige-se que a despedida coletiva não tenha por objetivo a substituição dos contratos de trabalho. Mas, nos recentes casos levados aos Tribunais, não se cuida do encerramento das atividades do empregador, e sim da expectativa de contratação de outros ou dos mesmos trabalhadores sob a vigência



de novas regras de trabalho, inauguradas pela Lei 13.467/2017. Tecnicamente falando, não se cuida de verdadeira despedida coletiva.

Trata-se de hipótese anteriormente não imaginada no ordenamento, de que uma das partes pode, unilateralmente, romper o contrato para forçar a sua revisão. No caso, não se pode falar em denúncia vazia, mas sim em encerramento motivado, fundado no interesse de modificar o contrato.

Assim, cumpre tornar debater o dever de boa-fé, para analisar se tal exigência efetivamente se aplica à terminação dos contratos de trabalho. Por certo, algo que se repute como abusivo no âmbito do Direito Civil certamente não será reconhecido como válido no âmbito do Direito do Trabalho, que demanda maior intervenção.

Não se imagine que o conteúdo de boa-fé seja meramente abstrato no âmbito das relações de trabalho. Discorrendo sobre o tema, Judith Martins-Costa (2015, p. 308) defende que “há para ambos, empresa e empregado, deveres de consideração, coerência comportamental e de proteção”, como vedação ao exercício desleal de qualquer das partes.

Por esse motivo, o que tais atos praticados pelo empregador implicam é, em última *ratio*, na rediscussão do conteúdo objetivo do contrato, feita a partir da imposição do poder econômico. Não há indicativo, ao menos nos processos em questão, de que o empregador tenha decidido se retirar da vida social.

Se o objetivo da terminação do contrato é rever os seus termos, não se fala em direito ao seu encerramento unilateral, mas sim do dever de observância dos termos para negociação. No Brasil, a negociação coletiva de contratos se dá com a participação dos sindicatos, no que é denominado princípio da interveniência sindical obrigatória, na forma do artigo 8º, VI, da CF/88.

Considerando o sistema brasileiro, é possível apontar que a Constituição Federal condiciona a maior liberdade na estipulação das regras do contrato de trabalho ao atendimento de forma preestabelecida, correspondente à negociação coletiva.

Justamente por esse motivo, parte considerável da doutrina defende a conceituação da negociação coletiva sob a perspectiva procedimental. Para Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 432), “a negociação coletiva é uma série de atos, de atos seguidos entre os protagonistas de uma disputa coletiva, para discussão das reivindicações formuladas por uma das partes a outra”.

O mesmo entendimento é compartilhado por Luciano Martinez (2013), que defende que “é uma ação, um procedimento por meio”. Para Henrique Macedo Hinz (2009, p.100), “a negociação coletiva é um processo cuja finalidade é, por meio de concessões recíprocas entre os representantes do capital e do trabalho, a celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho”.

Tal permite concluir que a possibilidade de revisão dos contratos de trabalho se encontra limitada, no Direito brasileiro, pelos requisitos próprios da negociação coletiva, que exige sempre a participação das entidades sindicais de trabalhadores.

A luz das definições aqui transcritas, se defende como hipótese que o dever de boa-fé e socialidade representa limitação à atuação das partes não somente no momento da contratação, mas também no momento do encerramento do contrato. Com efeito, não se pode admitir como jurídica a conduta de uma das partes que tenha por objetivo impor a vontade de um dos contratantes às demais partes, mormente com uso do poder econômico.

Em sentido analógico, é conveniente destacar que a Lei 7.783/89 (Lei de Greve) expressamente veda conduta decorrente do abuso de poder econômico, que é o *lock-out*, conforme a previsão do seu artigo 17.

Trata-se de exemplo claro de limitação de um direito potestativo (manter a empresa em funcionamento) que se observa em razão da motivação apresentada pelo empregador (frustar negociação coletiva). Ao vedar a paridade de armas, no presente caso, buscou o legislador assegurar que as partes se igualem, em sentido material e não apenas formal, também nas relações coletivas.

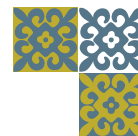
Se a atividade do empregador não pode ser paralisada quando implicar restrição ao direito de negociar coletivamente, como se poderia reconhecer validade no encerramento dos contratos que visa rediscutir os seus termos, mas sem a participação dos sindicatos? Se o direito disciplina a formação dos contratos, dentro de um dever de eticidade, não pode jamais deixar de tutelar a sua extinção.

De forma ainda mais específica, na redação do anteprojeto do Código Civil de 2002, entendeu Miguel Reale Reale (NOVO CÓDIGO CIVIL, 2005, p. 44) ser necessário limitar o instituto da denúncia vazia nos contratos por tempo indeterminado, com o fito de coibir o abuso do poder econômico. Em que pese o enfoque do Direito Civil, a mesma preocupação se mostra pertinente ao Direito do Trabalho, em que a assimetria das partes é tida como regra:

u) Limitação do poder de denúncia unilateral dos contratos por tempo indeterminado, quando exigidos da outra parte investimentos de vulto, pressupondo ela poder dispor de prazo razoável, compatível com as despesas feitas. Esta sugestão, por mim feita e acolhida pela Comissão, é um dos tantos exemplos da preocupação que tivemos no sentido de coarctar os abusos do poder econômico.

No particular, não se pode concordar com a afirmação feita por Enoque Ribeiro dos Santos (2017), segundo a qual a denúncia vazia do contrato de trabalho pode ser feita nos Estados Unidos sem qualquer tipo de restrição.

Ocorre que mesmo o *At-will employment* possui três exceções, como informa Charles J. Mull (2001) em pesquisa sobre o tema. Em regra, não se aceita a extinção do contrato



de trabalho que viole alguma política pública, como o combate à discriminação. Também não se aceita o encerramento unilateral se houver previsão contratual de garantia da segurança do emprego. E por fim, o dever de observar a boa-fé no encerramento do contrato corresponde a terceira exceção, permitindo a sua desconstituição toda vez que restar provado que decorreu de motivo torpe ou sem justificativa.

Ora, se há um dever de ambas as partes em uma relação jurídica de buscar a realização dos objetivos que motivaram a formação do contrato, a possibilidade de extinção contratual unilateral já configura uma exceção a tal regra. Diante das particularidades do Direito do Trabalho, a teoria do risco do negócio e o papel do direcionamento dado pelo empregador já exigem algum tipo de proteção do trabalhador quando do encerramento do contrato.

Considerando que, em tese, não interessa a qualquer das partes o fomento do desemprego, é papel de ambas as partes na relação de trabalho buscar mecanismos para a manutenção dos contratos de trabalho. Nesse sentido é que se indica que a negociação coletiva se faz necessária, uma vez que a autonomia privada coletiva pode alcançar mecanismos que evitem a extinção dos contratos.

Não há que se cogitar que a exigência de negociação, de caráter bilateral, possa ser vista como vantajosa a apenas uma das partes. Ao exigir que haja negociação coletiva, demanda-se que todos os contratantes, por meio do ente juridicamente legitimado para tanto, empreendam esforços destinados a alcançar um objetivo comum.

No âmbito da comparação de institutos jurídicos, pode se notar a adoção de soluções semelhantes em outros países. Aqui se toma como exemplo a Rússia, país que possui níveis econômicos no plano internacional que são semelhantes aos do Brasil. Segundo relatório elaborado pela OIT (2001) nesse país, as despedidas em massa, decorrentes dos processos de privatização em meados dos anos 1990, tiveram como consequência direta o aumento das taxas gerais de desemprego, redução do poder de compra dos salários e aumento da desigualdade social.

Nesse país, observou-se que a temática da dispensa coletiva passou a ser regida por meio de negociações coletivas, com o intento de gerar proteção social aos trabalhadores e promover mecanismos para a criação de novos empregos (OIT, 2001, p. 66-70).

O estudo em questão conclui que, em momentos de crise, faz-se necessário que a negociação coletiva seja estimulada, como forma de manter os empregos e superar as adversidades econômicas. Na maior parte dos países da Europa, outro relatório da OIT (2010) indica que a despedida em massa em regra demanda negociação coletiva.

O que se pode inferir do referido documento é que a negociação coletiva permitiu a customização das despedidas em massa, atendendo às necessidades dos empregadores e dos empregados. Considerando que a criação do texto normativo da Lei 13.467/2017 indica a existência de crise como fundamento para a alteração legislativa, é de se questionar a razão pela qual o Brasil seguiu um caminho diferente da experiência de outros países.

6. Conclusão

A nova disciplina legal da dispensa coletiva não dispensa a sua interpretação à luz das normas que informam o ordenamento jurídico, em especial, a boa-fé e o dever de socialidade. Considerando o papel que esses princípios exercem em todas as relações privadas, não se cogita que um ato, ainda que potestativo, possa ser praticado em desconformidade com as regras do artigo 421 e 422 do Código Civil.

Por outro lado, se o objetivo do encerramento do contrato é meramente a sua rediscussão, sob parâmetros menos favoráveis aos trabalhadores, necessário se faz que tal se dê por intermédio da negociação coletiva, evitando que tal ato implique em abuso do poder econômico.

Em razão do papel do Estado de assegurar a igualdade nas relações jurídicas, não se pode reconhecer a faculdade unilateral do empregador de encerrar os contratos de trabalho de forma coletiva, notadamente nos momentos em que se enfrentam quadros de crise econômica.

8. Referências

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942 [HYPERLINK “http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%204.657-1942?OpenDocument”](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%204.657-1942?OpenDocument).

BRASIL. Novo código civil : exposição de motivos e texto sancionado. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>>. Acesso em 25 jan. 2018.

BRASIL. STJ, REsp 1363814/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 30/10/2017.

BRASIL. TRT-1 - Recurso Ordinário RO 16183920125010023 RJ, TRT-4 - Recurso Ordinário RO 00010749420115040381.

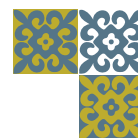
BRASIL. TST ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000. Data de Julgamento: 10/08/2009, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios .Coletivos, Data de Publicação: DEJT 04/09/2009.

BRASIL. TST. CorPar-1000011-60.2018.5.00.0000. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJT 11.01.2018.

BRASIL. TST. CorPar Nº 1000393-87.2017.5.00.0000. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJT 08.01.2018.

BRASIL. TST. AIRR - 166500-91.2009.5.06.0020, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 13/12/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2017.

DELGADO, Mario Luiz. Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.



GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa – Aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. São Paulo: LTr, 1974.

HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho - 2 ed. rev e atual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTITUTO VIA JURIS. INSTITUTO VIA IURIS COMPARTILHA NOVOS OLHARES SOBRE A REFORMA TRABALHISTA COM DEPUTADO RELATOR. São Paulo, 5 de abril de 2017. Disponível em <http://www.institutoviaiuris.org.br/instituto-via-iuris-com-partilha-novos-olhares-sobre-a-reforma-trabalhista-com-deputado-relator/>, acesso em 20.01.2018.

MALLET, Estêvão. *Dispensa coletiva e negociação sindical*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 111, p. 123-142, June 2017. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133497>>. Acesso em: 03 fev. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v111i0p123-142>

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicaais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Ricardo. Estácio de Sá demite 1,2 mil professores após reforma trabalhista. Folha de São Paulo. São Paulo, 5 de dezembro de 2017. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/12/1940980-estacio-de-sa-demite-12-mil-profesores-apos-reforma-trabalhista.shtml>, acesso em 22.12.2017.

MULH, Charles J. The employment-at-will doctrine: three major exceptions. *Monthly Labor Review*: January 2001. Disponível em: <<https://www.bls.gov/opub/mlr/2001/01/art1full.pdf>>. Acesso em 02.02.2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2003.

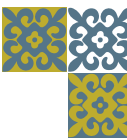
OIT, Labour market flexibility and employment security. 2001. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_142362.pdf> HYPERLINK “http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_142362.pdf” ed_emp HYPERLINK “http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_142362.pdf”/HYPERLINK “http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_142362.pdf” documents HYPERLINK “http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_142362.pdf”/HYPERLINK “http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_142362.pdf” publication HYPERLINK “http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_142362.pdf”/wcms_142362.pdf”. Acesso em 02.02.2018.

OIT. Negotiating the crisis? collective bargaining in Europe during the economic downturn / Vera Glassner and Maarten Keune ; International Labour Office. - Geneva: ILO, 2010 1 v. p. (DIALOGUE working paper ; no.10) ISBN: 9789221233268;9789221233275 (web pdf). Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---HYPERLINK "http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf"ed_dialogueHYPERLINK "http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf"/---dialogue/HYPERLINK "http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf"documentsHYPERLINK "http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf"/HYPERLINK "http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf"publicationHYPERLINK "http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf"/wcms_158354.pdf">. Acesso em: 01.02.2018.](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---HYPERLINK%20%22http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf%22ed_dialogueHYPERLINK%20%22http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf%22/---dialogue/HYPERLINK%20%22http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf%22documentsHYPERLINK%20%22http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf%22/HYPERLINK%20%22http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf%22publicationHYPERLINK%20%22http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_158354.pdf%22/wcms_158354.pdf%22)

REVISTA VIA JURIS. Disponível em http://www.institutoviaiuris.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Reviata_via_iuris_reforma_Trabalhista.pdf, acesso em 20.01.2018.

RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. A dispensa coletiva na Lei n. 13.467/2017 da Reforma Trabalhista. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/07/26/dispensa-coletiva-na-lei-n-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 20 jan 2018.

SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.



O grupo econômico na Reforma Trabalhista e a cumulatividade dos requisitos do art. 2º, §3º, da CLT

Roberta de Oliveira Souza¹

Resumo: A reforma trabalhista afastou a vertente hermenêutica restritiva da caracterização do grupo econômico por coordenação, tendo adotado, conforme Lei do Rural, disposição expressa no sentido de reconhecer a sua existência ainda que se trate de empresas que guardem autonomia entre si. De par com isso, estabeleceu critérios para o reconhecimento desse instituto, não bastando a mera identidade de sócios, enunciado que gerou celeuma doutrinária por consistir em forma de blindagem patrimonial capaz de inviabilizar o acesso à ordem jurídica justa por meio da efetivação do direito reconhecido. O escopo desse artigo consiste, portanto, em abordar as interpretações admissíveis em relação à cumulatividade dos requisitos caracterizadores do grupo econômico, defendendo, ao final, a prevalência de presunção relativa quando houver mera identidade de sócios, podendo ser elidida a partir da inversão do ônus da prova, cabendo à empresa reclamada demonstrar, cumulativamente, a inexistência dos requisitos do art. 2º, §3º, da CLT, com redação dada pela Lei 1.3467, de 13 de julho de 2017.

Palavras-chave: Grupo Econômico. Requisitos. Cumulatividade. Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017.

1. Introdução

A reforma trabalhista afastou a vertente hermenêutica restritiva da caracterização do grupo econômico por coordenação, tendo adotado, conforme Lei do Rural, disposição expressa no sentido de reconhecer a sua existência ainda que se trate de empresas que guardem autonomia entre si.

De par com isso, estabeleceu critérios para o reconhecimento desse instituto, não bastando a mera identidade de sócios, enunciado que gerou celeuma doutrinária por consistir em forma de blindagem patrimonial capaz de inviabilizar o acesso à ordem jurídica justa por meio da efetivação do direito reconhecido.

O escopo desse artigo consiste, portanto, em abordar as interpretações admissíveis em relação à cumulatividade dos requisitos caracterizadores do grupo econômico.

¹ Advogada Graduada pela UERJ. Especialista em Direito Público, Processo e Direito do Trabalho. Autora do Capítulo “Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente: Limites conforme o Direito Comparado (Brasil & Itália)” da Coletânea “Reforma Trabalhista: o Impacto nas Relações de Trabalho”. Autora do Capítulo “Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da Reforma Trabalhista considerando os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da Lei 13.467 de 2017 e as modificações implementadas pela Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017” que compõe a obra “Desafios da Reforma Trabalhista” e Revista dos Tribunais 985, de novembro de 2017. Autora do Capítulo “Orçamento Público na Itália” do Livro “Orçamento Público no Direito Comparado”. Autora de artigos publicados na Folha de SP, no Valor Econômico e na Revista dos Tribunais de Finanças Públicas..

2. Desenvolvimento

A reforma trabalhista institucionalizou o grupo econômico por coordenação, em sintonia com a Lei do Rural (5.889/1973), afastando vertente hermenêutica restritiva e estabelecendo requisitos específicos no §3º para a sua caracterização. Tais estipulações valem, igualmente, para o grupo econômico por subordinação, previsto na redação antiga da CLT.

De acordo com os §§2º e 3º do art. 2º da CLT, que restaram alterados pela Lei 13.467/2017:

§ 2o Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)(Vigência)

§ 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 integrantes.(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)(Vigência)

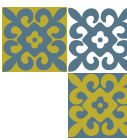
Nesse contexto, pontificam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado que apenas quando a participação societária for irrisória, insignificante e minúscula será preciso demonstrar os requisitos do art. 2º, §3º da CLT com redação dada pela reforma. Do contrário, presume-se a sua existência.

Assim, qualquer participação societária que não seja irrisória evidencia, faz presumir, por si, a demonstração do interesse integrado, da efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas componentes do grupo trabalhista de forma cumulativa. A fragmentação dessa presunção depende de prova produzida pela empresa reclamada.

Dessa forma, se for o caso de participação insignificante que exija, portanto, a demonstração dos requisitos do §3º do dispositivo supra, deverá o magistrado (dada sua ampla liberdade na condução do processo) distribuir o ônus da prova de forma dinâmica conforme art. 818, §1º, da CLT.

Nesse sentido, cabe ressaltar que tal teoria da distribuição dinâmica já era adotada, muito antes da reforma, pelo processo do trabalho, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC e 373, §1º, do CPC de 2015, subsidiariamente aplicáveis ao processo desta Especializada.

Isso porque a prova para o reclamante acabaria sendo diabólica, tendo a empresa reclamada muito mais aptidão para comprovar a completa distinção entre as pessoas jurídicas do que o autor empregado.



Assim, a interpretação que deve ser dada ao dispositivo deve ser no sentido da presunção da existência de grupo econômico quando houver identidade de sócios, salvo se estes comprovarem o afastamento dos três requisitos recentemente implantados no sistema jurídico trabalhista, sempre de modo cumulativo.

Nessa hipótese, o empresário que é sócio de duas ou mais pessoas jurídicas deverá demonstrar a inexistência de interesse integrado entre elas, bem como a ausência de efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas.

Ademais, será irrelevante o fato de as empresas atuarem em ramos econômicos distintos para afastar a existência do grupo, pois quando houver compartilhamento da mesma clientela, *know how*, inteligência organizacional, utilização dos mesmos bens que compõem o fundo de comércio, das mesmas matérias primas e dos mesmos fornecedores, restará caracterizado o grupo .

Nesse sentido, sublinha Gustavo Filipe Barbosa Garcia que as alterações legislativas encontram limites na própria Constituição, dada a sua supremacia, bem como nos tratados internacionais integrados ao ordenamento jurídico nacional, conforme disposto no art. 5º, §2º, da Magna Carta, de 5 de outubro de 1988.

Desse modo, segundo o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Políticos deve haver progressividade no que tange ao pleno exercício dos direitos sociais, resguardado um patamar ético mínimo, que revela que apenas quando o direito puder ser efetivamente usufruído ter-se-á alcançado a verdadeira justiça.

O acesso à justiça, portanto, deve ser encarado não só como inafastabilidade de lesão ou ameaça de lesão ao Poder Judiciário e ao exercício amplo do direito de ação, conferindo estabilidade aos valores prestigiados em um Estado Democrático de Direito, como também envolve a realização do direito postulado, e formas de blindagem patrimonial, como a prevista, violam o art. 5º, XXXV, da Constituição se não interpretado em conformidade com esse postulado.

3. Conclusão

Diante do exposto, em uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 2º, §3º, da CLT, proposta por Maurício e Gabriela Godinho, não se pode admitir que ele sirva de blindagem patrimonial ao grupo econômico. Essa interpretação fortalece os artigos 10 e 448 da CLT, a dignidade do trabalhador e a concorrência leal, como preceitua Danilo Uler Corregliano, razão pela qual defende-se que a mera existência de sócios em comum acarrete a presunção *iuris tantum* de existência de grupo econômico, a qual poderá ser elidida por prova em sentido contrário, a ser produzida, em nome da aptidão da prova e da teoria dinâmica de distribuição do ônus, pelo empresário reclamado, detentor de toda a documentação que pode afastar os três requisitos previstos no art. 2º, §3º, da CLT de forma cumulativa.

8. Referências

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil com comentários à lei n.13.467/2017. 1ª Edição. LTr, 2017, p. 99-102.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. SEVERO, Valdete Souto. Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista (coord). 1ª Edição. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 161-170.

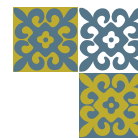
GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. MARTINEZ, Luciano. Desafios da Reforma Trabalhista de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017. Editora Revista dos Tribunais, 2017, 1ª Edição, p. 159-168.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no “Due Process of law”. São Paulo, Ltr, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. ROCHA, Cláudio Jannoti. Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária. I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Editora LTr, 2017.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, vol. 985. São Paulo: Ed. RT, novembro de 2017.

TUPINAMBÁ, Carolina. GOMES, Fábio Rodrigues. A Reforma Trabalhista O Impacto nas Relações de Trabalho. Editora Fórum, 1ª Edição, 2018.



A compreensão da equidade no Direito do Trabalho: resgatando o tema pela releitura de Mario de la Cueva

Rodolfo Pamplona Filho¹

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos²

1. Introdução: equidade e Mario de la Cueva

Discorrer acerca da equidade não é tarefa das mais fáceis para o estudioso do Direito, eis que tal vocábulo possui múltiplos significados, ensejando diversas interpretações. A título ilustrativo, convém indicar a definição de Aurélio Buarque de Holanda, nos seguintes termos: a) disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um; b) conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo; c) sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal; d) igualdade, retidão, equanimidade (1986, p. 675).

Como se verifica, as diversas acepções gramaticais do termo já seriam suficientes para demonstrar a enorme complexidade da discussão acerca da equidade, notadamente se encarada sob uma ótica leiga. Entretanto, como se não bastasse, diversas controvérsias

¹ Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha – UCLM (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Tem experiência acadêmica e profissional na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Processual e Metodologia da Pesquisa, atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil, direitos da personalidade, direitos fundamentais, direito civil (parte geral, obrigações, contratos e família), direito processual do trabalho e relações trabalhistas em geral (individuais e coletivas). Atua no magistério superior desde 1996. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, coautor, organizador e coorganizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente, exercendo a sua Secretaria Geral, a qual já exerceu por duas gestões anteriores), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Apresentador do Talk-Show “Papeando com Pamplona”, produzido pelo CERSTV. Poeta. Músico. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Juiz do Trabalho concursado, com posse e exercício em 10/07/1995, sendo, atualmente, titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, desde junho/2015.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito, com Lâurea Acadêmica, pela Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Professora Tutora do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Estácio/CERS. Primeira Presidente da Associação Baiana de Defesa do Consumidor – ABDECON. Participante do Programa de Mobilidade Acadêmica com a Universidade de Coimbra, Portugal, em 2009.

surtem quando da utilização jurídica do termo, seja no campo das relações de direito material, seja no âmbito da apreciação de lides pelo Poder Judiciário.

A compreensão das acepções jurídicas de equidade, no entanto, perpassa por um elemento fundamental: a investigação das suas bases jusfilosóficas, que, por sua vez, serão melhor apreendidas a partir dos estudos de Mario de la Cueva.

Nascido em 11 de julho de 1901, na Cidade do México, Mario de la Cueva formou-se em Direito pela *Escuela Nacional de Jurisprudencia*, em 1925, defendendo a tese *Garantías Individuales*, começando, pouco tempo depois, a atuar como advogado. O exercício da advocacia não impediu o seu constante contato com os livros, sendo convidado, em 1929, pelo Professor Afonso Caso, a integrar um novo grupo de estudos sobre Teoria Geral do Direito na *Escuela Nacional de Jurisprudencia* (MÁYNEZ, p. 9-12).

Em busca de mais conhecimento, em 1931, Mario de la Cueva resolveu estudar na Alemanha, aprofundando suas pesquisas sobre diversos temas de filosofia e direito, além de ampliar seus horizontes sobre disciplinas pelas quais até então cultivava especial apreço, quais sejam: Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Teoria do Estado (MÁYNEZ, p. 13-14).

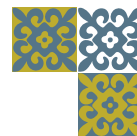
Ao regressar ao México, em 1933, Mario de la Cueva resolveu dedicar-se ao magistério. Em 1934, publicou o livro *Derecho Mexicano del Trabajo*. Ao longo de sua trajetória acadêmica, também ocupou relevantes cargos, como Secretário Geral, Reitor da Universidade e Diretor da Faculdade de Direito. O exercício das funções acadêmico-administrativas, não interrompeu as suas pesquisas, publicando importantes obras, a saber: *Teoría del Estado*, em 1950; *Historia del derecho constitucional mexicano, de la Guerra de Independencia a la Constitución de 1857*, em 1957; *La jurisdicción del trabajo en el derecho mexicano*, em 1965; *La estabilidad de los trabajadores en sus empleos en el derecho mexicano*, em 1966; *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, em 1972; *El derecho del trabajo y la equidad*, em 1974; *La idea del Estado*, em 1975; entre outras (MÁYNEZ, p. 14-16).

Nesse contexto, diante das preciosas contribuições do autor mexicano para o Direito, o presente artigo objetiva examinar a obra *El derecho del trabajo y la equidad*, com vistas a apreender a visão de Mario de la Cueva sobre equidade, para, posteriormente, utilizando as bases jusfilosóficas delineadas pelo autor, buscar uma visão sistemática do que seja equidade, notadamente no Direito do Trabalho.

2. Equidade na visão de Mario de la Cueva

Mario de la Cueva inicia sua clássica e brilhante obra *El derecho del trabajo y la equidad* prelecionando que a equidade pode ser provisoriamente caracterizada como “a ideia e o procedimento que permitem ao legislador e ao juiz alcançar a justiça para o homem real” (1975, p. 9).

Partindo-se dessa afirmação, o autor mexicano apresenta e estuda as bases filosóficas e ético-jurídicas da equidade, para, ao final, confirmar, ou não, a conceituação pré-



via apresentada. Para tanto, Mario de la Cueva utiliza como ponto de partida duas obras de Aristóteles, quais sejam: *Ética a Nicômaco* e *Retórica*.

Nesse contexto, baseando-se nas obras de Aristóteles, Mario de la Cueva (1975, p. 11), compreendendo que justiça e equidade não são absolutamente idênticas, mas também não são geneticamente diferentes, apresenta duas hipóteses.

De acordo com a primeira hipótese, “*lo equitativo parece que es lo justo, pero es equitativo lo justo más allá de la ley escrita*”, ou seja, a equidade é a justiça que vai além da lei escrita, constituindo, assim, uma fonte formal supletiva, utilizada diante da ausência de regulamentação legal em situações não percebidas pelo legislador (1975, p. 11).

Por outro lado, de acordo com a segunda hipótese, “*lo equitativo es en verdade justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal; y es así, porque la generalidad corresponde a la esencia de la ley*”. Complementa aduzindo que em certos casos não é possível promulgar corretamente uma disposição geral, tendo em vista que o legislador, ao elaborar a norma, leva em consideração o que mais ordinariamente acontece (1975, p. 11).

Dessa forma, como consequência dessa segunda hipótese, justiça e equidade não seriam iguais, porque o justo é o que se aplica ao caso normal, submetido à generalidade e abstração da norma, ao passo em que a equidade, embora similar ao justo, seria aplicada a uma ação particular, que não coincide com o que acontece normalmente e, portanto, não estaria enquadrada na generalidade da norma.

Nesse contexto, segundo Mario de la Cueva (1975, p. 12), “*la equidad sería la adecuación de la norma abstracta a una acción singular que se caracteriza por sus peculiaridades*”. Isso porque, sobre determinadas situações, não seria possível a criação de uma lei específica, tendo em vista a baixa probabilidade de sua repetição. A equidade, portanto, possuiria a natureza de ser uma retificação da lei na parte em que esta é deficiente pelo seu caráter geral.

Conclui, por conseguinte, que o Direito é a expressão de um autêntico amor pela justiça, produto de uma alma verdadeiramente humana, confirmando sua convicção de que “*la equidad es la justicia para el hombre real*” (1975, p. 12).

Com efeito, segundo o autor, a equidade seria “*un hábito o disposición*” que ameniza o rigor do geral e abstrato da norma, para atender ao ser humano, com suas necessidades, imperfeições e condutas (1975, p. 12).

A título exemplificativo, Mario de la Cueva destaca uma norma do Direito do Trabalho mexicano que, uma vez descumprida pelo trabalhador, autoriza a dissolução do pacto laboral. De acordo com a disposição legal, “comprometer por imprudência ou descuido inescusável a segurança do estabelecimento ou das pessoas que nele se encontrem” autorizaria o empregador a extinguir a relação contratual. O juiz, contudo, no caso concreto, utilizando-se da equidade, poderá considerar todas as circunstâncias que rodeiam o ato do trabalhador e decidir que a conduta praticada não enseja a dissolução contratual. Poderá

fundamentar o *decisum*, por exemplo, na falta de conhecimentos técnicos do trabalhador para operar as máquinas (1975, p. 12-13).

Mario de la Cueva faz uma análise, ainda, sobre a equidade na Idade Média, destacando que “*Cristo es la encarnación perfecta de la equidad, porque su juicio, más que en principios generales y abstractos, considera a cada hombre como realidad, mezcla de virtudes y defectos, pero siempre como un ser individual*”. Ademais, uma segunda causa de elevação da equidade como valor supremo, encontra sustentáculo nas obras de Santo Agostinho, para quem a equidade estaria comparada ao direito natural (1975, p. 13).

Dessa forma, a equidade não seria um princípio contrário à justiça, mas sim sua defensora e guardiã. Com efeito, segundo o autor, o conceito de equidade depende da época e das circunstâncias em que viveram os homens, podendo ser considerada como um direito natural ou como um princípio geral do direito, a depender do pensamento vigente (1975, p. 15).

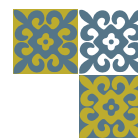
Em um momento posterior, Mario de la Cueva examina a *justicia social*, prelecionando que esta decorre das lutas da classe trabalhadora contra o capital e seu estado liberal e individualista, a partir da constitucionalização dos institutos fundamentais do Direito do Trabalho na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 (1975, p. 17).

Ademais, a justiça social é a antítese da justiça individual, que, por sua vez, está calcada na máxima “*dar a cada quien lo suyo*”. Isso porque, considerando, por exemplo, o Direito do Trabalho, o único patrimônio do empregado não seria o seu salário, mas sim a sua energia de trabalho. Assim, somente por meio da concepção de justiça social, os benefícios do trabalho não seriam a troca de uma prestação pela outra (*trabajo como mercancía*), mas sim dar ao trabalho o que ele necessita para se desenvolver plena e livremente. A justiça social, portanto, “*no es un principio inerte, sino una fuerza viva y actuante que pretende lanzar a los hombres a la reconquista de su igualdad y su libertad*” (1975, p. 18).

Nessa linha de inteligência, qual seria a relação entre justiça social e equidade?

Mario de la Cueva, ao resumir o pensamento da Antiguidade e da Idade Média, sintetiza que a equidade é uma fonte supletiva, na medida em que corresponde ao ideal de justiça além da lei escrita, como também um princípio de interpretação, que obriga o juiz a observar a finalidade da norma. Dessa forma, a ideia de justiça social estaria impregnada pela equidade, haja vista que esta, em verdade, é a aplicação da justiça no seu sentido humano (1975, p. 19).

É interessante destacar que a concepção de justiça para o homem individualmente considerado, a partir da união dos conceitos de justiça social e equidade, não pode deixar de compreender os fenômenos coletivos. Exemplificando na seara trabalhista, Mario de la Cueva destaca que a junção entre os contratos e as convenções coletivas consiste precisamente em adequar as normas gerais às condições peculiares de cada comunidade de trabalho. Essa seria, para o autor, a nova missão da equidade: buscar a justiça para cada pessoa individualmente considerada, como também para os seres humanos que, diante



das peculiaridades do seu trabalho, constituem uma espécie de individualidade social. A equidade, portanto, deve ser considerada numa dupla acepção: “*la justicia del caso personal y la justicia del caso colectivo individualizado*” (1975, p. 19).

Finaliza a obra com a seguinte passagem: “*un derecho así no puede ser ni abstracto ni rígido, sino, de acuerdo con las palabras de Paul Durand, un derecho concreto. Un derecho cuyas fuentes substanciales son la vida del hombre, y cuyo fin es la misma vida humana*”. Assim, o sistema jurídico deve buscar “*constante e inexorablemente a la justicia social, como a la estrella más bella, y la aplique a cada persona con el amor infinito de la equidad*” (1975, p. 26).

Observa-se, desse modo, que a obra *El derecho del trabajo y la equidad*, de Mario de la Cueva, faz um contraponto inicial entre equidade e justiça, buscando delinear seus contornos conceituais e filosóficos, para, posteriormente, examinar a relação entre equidade e justiça social. Ademais, o autor identifica o caráter supletivo da equidade, como também o seu caráter interpretativo, fato este que demonstra a importância das discussões travadas na obra. Por fim, é interessante notar que Mario de la Cueva já sinalizava para a necessidade de aplicação da equidade na resolução de demandas envolvendo os direitos e interesses coletivos, sempre buscando a harmonia entre o geral e o particular. Com efeito, com base nas fundamentais premissas traçadas na respectiva obra, convém analisar a equidade à luz da hermenêutica jurídica e do ordenamento juslaboral brasileiro.

3. Equidade: contornos conceituais

A tarefa de conceituar um instituto jurídico é sempre muito árdua, tendo em vista a enorme gama de peculiaridades que o envolve normalmente. Desse modo, como forma de obter um maior cabedal de conhecimentos para o desenvolvimento da matéria, serão apresentados os estudos de grandes mestres da filosofia e do direito acerca dessa temática.

A noção original de equidade surge na Grécia Antiga, com Aristóteles, na *Ética a Nicômaco* (1996, p. 212), na qual afirmava que “o equitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo”. Dessa forma, para o autor, “a justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal”.

Isso acontece, segundo Aristóteles (1996, p. 212), porque “toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. [...] Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade”.

Conforme ressalta Wagner D. Giglio, comentando trechos da *Ética a Nicômaco* (1975, p. 867), observa-se a preocupação de Aristóteles em compatibilizar as relações entre Direito e Justiça, “colocando a equidade no plano ideal de uma justiça intuitiva, natural e humana, superior e mais perfeita do que a norma jurídica. A equidade corresponderia

o justo aperfeiçoado, à justiça ideal, e sua missão seria suprir as omissões da lei e orientar o intérprete na correção das injustiças”.

Na doutrina moderna, diversos autores tratam desta questão, sendo a equidade tida como “princípio geral do direito, o mais geral de todos” [...], “ponte por excelência entre a Justiça e a Lei” (...) e “fonte de standards jurídicos”, como bem preleciona José Martins Catharino (1972, p. 117); “a justiça do juiz, em contraposição à lei, justiça do legislador”, por Carnelutti, citado por Délio Maranhão (1995, p. 168); como “al sentimento di giustizia della generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione”, por Luigi De Litala (p. 50); como “a idéia do justo” que “abranda o rigor do texto” e “aquece a frieza da lei”, pelo Ministro Mozart Victor Russomano (1994, p. 45); como “la justicia del caso concreto” que “sirve para corrigir a la justicia”, adaptando-a, não sendo “un principio ni una fórmula general derivada de la idea de justicia, sino un procedimiento y un resultado: Es la armonia entre lo general y lo particular”, por Mário De La Cueva (1954, p. 395), conforme anteriormente explicitado; e como correspondente “ao sentimento de justiça que deve influenciar o legislador na elaboração da lei e o juiz na sua interpretação”, por Arnaldo Lopes Sussekind (p. 208).

Nessa linha de intelecção, a equidade pode ser definida como “igualdade, retidão, equanimidade”, ou seja, a equidade, no seu sentido original, equivale à própria noção de justiça, vale dizer, o ideal a ser atingido tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da norma, pois não há como se conceber, do ponto de vista lógico, um direito injusto.

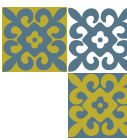
Saliente-se, porém, que estes conceitos variam de acordo com a posição de cada doutrinador acerca do problema das funções da equidade no Direito. Mas que funções são estas? Convém estudá-las no decorrer do presente estudo.

4. Hermenêutica jurídica e equidade

A hermenêutica jurídica implica em diversas regras de interpretação, integração e aplicação das normas, em que são utilizados, como meios supletivos, a analogia, o costume, os princípios gerais de direito e a equidade. Por não se tratarem de objeto do presente estudo, não serão abordados os demais meios supletivos, limitando-se a análise à equidade.

Voltando ao que foi exposto anteriormente, observa-se que a equidade pode ser definida como “igualdade, retidão, equanimidade”, ou seja, a equidade, no seu sentido original, equivale à própria noção de justiça, vale dizer, o ideal a ser atingido tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da norma, pois não há como se conceber, do ponto de vista lógico, um direito injusto.

Desta forma, a equidade não é somente um simples método ou técnica de interpretação, mas sim um pressuposto lógico da atividade interpretativa, haja vista que, se a finalidade do Direito é a realização concreta da Justiça, toda interpretação de suas normas deve respeitar esse fundamento teleológico, isto é, ser equitativa, tender para o justo.



Lembrando, novamente, Wagner D. Giglio (1975, p. 869), o julgador não é livre para fazer abstrações de métodos e técnicas, descumprindo as disposições e preceitos legais, ao interpretar normas jurídicas por equidade. O julgador não deve se basear exclusivamente em sua noção intuitiva e subjetiva de justiça. Deve, em verdade, “pautar sua pesquisa naqueles métodos e técnicas para apreender, dentro da mais rigorosa lógica jurídica, a finalidade do preceito legal, a sua razão de ser precípua, o seu objetivo último, ou seja, interpretá-lo a partir do pressuposto fundamental de que toda a norma jurídica tende à justa composição das relações sociais”. Esse processo, segundo o autor, deve ser denominado de interpretação com equidade.

Em outras palavras, deve-se ter em mente que há uma distinção básica entre o que seja decidir *por* equidade e decidir *com* equidade: no primeiro caso, o julgador está livre de quaisquer “amarras técnicas” para decidir o caso apresentado para sua apreciação, enquanto, no segundo caso, trata-se de uma característica de todo o julgador que se propõe a decidir com justiça (conceito subjetivo – é verdade – porém, universal).

Contudo – pergunta um leitor mais crítico – isto não seria apenas um mero jogo de palavras, sem nenhuma aplicabilidade prática? De modo algum, conforme análise das hipóteses legais concretas de decisão somente *por* equidade, a ser realizada nos capítulos seguintes.

4.1 Hipóteses legais de decisão por equidade

Existem, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, diversas hipóteses legais de decisão *por* equidade. Dentre elas, elenca-se, por exemplo, a previsão do art. 85, §8º, do novo Código de Processo Civil (art. 20 do CPC/1973), no que diz respeito à fixação de honorários nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, em que se delega ao prudente arbítrio do julgador a estipulação do *quantum debeatur* (BRASIL, 2015).

Outra hipótese é a constante do art. 2º da Lei nº. 9.307/1996 – Lei de Arbitragem, que prevê expressamente que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes (BRASIL, 1996). É interessante destacar que a Lei nº. 13.129/2015, que alterou algumas disposições da referida legislação, incluiu o § 3º no art. 2º acima citado, impossibilitando a arbitragem por equidade nas lides que envolvam a Administração Pública, tendo em vista o princípio da legalidade consagrado no art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 2015).

Claríssima, ainda, é a hipótese do art. 723 do novo Código de Processo Civil (art. 1.109 do CPC/1973), segundo o qual, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias, não estando, contudo, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (BRASIL, 2015).

Em todos estes casos, é facultado expressamente que o julgador pode se valer de seus próprios critérios de justiça, quando vai decidir, não estando adstrito às regras ou métodos de interpretação preestabelecidos.

Pode-se, inclusive, afirmar que, nesta oportunidade, o julgador deixa de ser juiz – aplicador de regras estatais rígidas – para ser árbitro (que é diferente de arbitrário – ressalte-se), vinculado somente à sua consciência e percepção da justiça, naquele caso concreto, segundo sua própria racionalização do problema.

Conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz (1996, p. 304), “o juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional”. No entanto, segundo o autor, o intérprete deve “sempre buscar uma racionalização desta intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão *juízo por equidade*”.

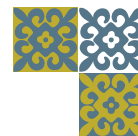
4.2 Equidade como meio supletivo de interpretação e integração das normas

O problema da equidade, consoante inteligência de Luís Recaséns Siches (1959, p. 428), não está relacionado à correção da lei, mas sim ao fato de interpretá-la razoavelmente. Complementa o autor:

Es un dislate enorme pensar em la posibilidad de una interpretación literal. Uno puede comprender que a algunos legisladores, imbuidos por una embriaguez de poder, se les haya ocurrido ordenar tal interpretación. Lo cual, por otra parte, resulta por completo irrelevante, carece de toda consecuencia jurídica, porque el legislador, por absolutos que sean los poderes que se le hayan conferido, no puede en ningún caso definir sobre el método de interpretación de sus mandatos. El legislador podrá ordenar la conducta que considere justa, conveniente y oportuna, mediante normas generales. A esto es lo que se pueden extender sus poderes. Em cambio, esencial y necesariamente está fuera de su poder el definir y regular algo que no cabe jamás incluir dentro del concepto de legislación: el regular el método de interpretación de las normas generales que él emite. Pero, en fin, a veces, los legisladores, embriagados de petulancia, sueñan en lo imposible. La cosa no tiene, no debiera tener prácticamente ninguna importancia, porque se trata de un ensueño, sin sentido, al que ningún juez sensato puede ocurrirsele prestar atención. [...] Ahora bien, es sabido que las palabras cobran su auténtico sentido solo dentro de dos contextos: dentro del contexto de la frase, pero sobre todo dentro del contexto real al que la frase se refiere, es decir con referencia a la situación y a la intencionalidad mentadas em la frase (SICHES, 1959, p. 428).

Floriano Correa Vaz da Silva (1974, p. 918), ao sintetizar o pensamento de Recaséns Siches, assinala que a “equidade não é apenas *um* dos meios de interpretação, mas sim o meio de interpretação, aquele que engloba e sintetiza e permeia todos os meios de interpretação, aquele que constitui – ou deve constituir – o *único meio de interpretação*, não apenas do direito do trabalho, mas de todos os ramos do direito, de todo o direito”.

Ademais, consoante lição de Floriano Correa Vaz da Silva (1974, p. 919), “para compreender e interpretar de modo justo o conteúdo das disposições jurídicas, para criar a norma individualizada da sentença judicial ou da decisão administrativa, para elaborar



as leis, para interpretar as leis em relação com os casos concretos e singulares, é necessário exercitar ‘*el logas de lo humano, la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica*’”.

Dessa forma, entende-se que a equidade significa, para o jusfilósofo espanhol, radicado no México, a busca da interpretação mais razoável da norma para o caso em apreciação.

Baseado neste raciocínio, afirma-se que, quando o jurista se defronta com uma lacuna do direito, seja ela axiológica (para os que defendem a plenitude hermética do sistema jurídico), seja ela ontológica (para os que professam o direito como um sistema aberto e dinâmico), deve a mesma ser suprida através de um processo de integração da norma, que pode se dar pela utilização, como meios supletivos, da analogia, do costume, dos princípios gerais de direito e, finalmente, da equidade.

Conforme ensina Maria Helena Diniz (1995, p. 428), faz-se necessário analisar os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações fáticas. “Se o resultado prático concorda com as valorações que inspiram a norma, em que se funda, tal norma deverá ser aplicada. Se, ao contrário, a norma aplicável a um caso singular produzir efeitos que viriam a contradizer as valorações, [...] então, indubitavelmente, tal norma não deve ser aplicada a esse caso concreto” A equidade, assim, “seria uma válvula de segurança que possibilita aliviar a tensão e antinomia entre a norma e a realidade, a revolta dos fatos contra os códigos”.

Desta forma, quando houver a contradição entre a norma posta expressamente e a realidade, gerando uma lacuna ou antinomia, pode a equidade ser utilizada de forma a encontrar o equilíbrio entre a norma, o fato e o valor, aplicando o direito ao caso concreto.

Não se trata, entretanto, de se (re)inventar o direito, mas sim de adequar a norma – a letra fria da lei – à realidade regulada, de acordo com os valores da sociedade e as regras e métodos de interpretação.

Nesse contexto, visando sistematizar e esclarecer eventuais dúvidas, as decisões que se valem da equidade podem ser classificadas em três formas distintas:

- a) Decisão *com* equidade: é toda decisão que se pretende estar de acordo com o direito, enquanto ideal supremo de justiça;
- b) Decisão *por* equidade: é toda decisão que tem por base a consciência e percepção de justiça do julgador, que não precisa estar preso a regras de direito positivo e métodos preestabelecidos de interpretação;
- c) Decisão utilizando-se a equidade *como meio supletivo de integração e interpretação de normas*: é toda decisão proferida no sentido de encontrar o equilíbrio entre norma, fato e valor (aplicação do direito ao caso concreto), na hipótese de constatação de uma contradição entre a norma posta e a realidade, gerando uma lacuna.

5. O art. 140 do Código de Processo Civil e a equidade

O art. 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 (art. 127 do CPC/1973) dispõe que “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (BRASIL, 2015). Por sua vez, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu art. 4º, enuncia que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Por causa destes dispositivos normativos, há forte corrente, na qual militam diversos juristas, que entende que o juiz somente pode aplicar a equidade em determinadas hipóteses taxativamente expressas. No presente trabalho, contudo, não será defendido o referido entendimento.

Com efeito, acredita-se que a regra do digesto processual civil somente se aplica à chamada “decisão *por equidade*”, conforme abordado nos tópicos anteriores.

Entretanto, a regra geral de que o juiz deve decidir sempre *com equidade*, ou seja, visando realizar a Justiça, deve permanecer dentro de um sistema jurídico que se propõe lógico, pois uma decisão jurídica (enquanto busca de realização da Justiça) que afronta o direito (enquanto ideal de justiça) é uma contradição de termos.

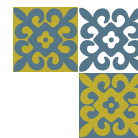
Do mesmo modo, não há como se desprezar a equidade como meio de integração da norma, adequando-a ao caso concreto, na hipótese de haver lacunas no ordenamento jurídico (axiológicas ou não), eis que o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro afirma que na “aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942).

Desta forma, é a equidade perfeitamente aplicável no sistema processual brasileiro vigente, em qualquer uma das três classificações anteriormente expostas. Respectiva constatação se consolida, ainda mais, no Direito do Trabalho brasileiro, eis que o próprio texto da CLT prevê a aplicabilidade da equidade, consoante inteligência do seu art. 8º:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (BRASIL, 1943).

Sendo assim, por expressa determinação legal, é perfeitamente aplicável a equidade no Direito do Trabalho, tanto pela aplicação direta constante do art. 8º da CLT, como subsidiária, nos moldes do parágrafo único do citado artigo.



Neste sentido, conforme lembra Miguel Reale (1974, p. 13):

O Direito do Trabalho é, por sua natureza, um Direito a que é inerente um ‘sentido dinâmico’, de contínua adequação às estruturas sociais em mudança, sempre visando a garantir aos protagonistas do trabalho a plenitude de seu ser pessoal, numa permanente conciliação entre valores individuais e grupais.

Bastaria esta nota de ‘dinamicidade social’, a que se referem tantos autores, ao procurarem caracterizar o ‘espírito do Direito do Trabalho’, para desde logo se ter de reconhecer que o papel desempenhado pela equidade nos domínios da Jurisprudência, em geral, se revela ainda mais significativo na tela da Hermenêutica trabalhista, cujas relações implicam sempre um ‘ser situado num quadro de peculiares circunstâncias’, como é o caso do trabalhador ou do empresário.

Natural, por conseguinte, que o operador do Direito do Trabalho, tendo de aplicar a situações concretas uma regra abstrata, pertinente a uma ‘classe de atos ou de fatos’, procure obedecer a critérios equitativos para a atualização da lei, não para contrariá-la, mas antes para realizá-la em sua plenitude e concreção, segundo a raiz de seu ditame, e não segundo os elementos formais que a ocultam ou a enrijecem.

Entretanto, apesar de parecer óbvio que as decisões *com* equidade são plenamente cabíveis no Direito do Trabalho, haja vista que não se trata de uma questão de um ramo específico da árvore jurídica, mas sim da própria Teoria Geral do Direito, há quem encontre dificuldade em visualizar decisões *por* equidade ou *decisões tomando a equidade como meio supletivo* no Direito do Trabalho.

Para dissipar quaisquer dúvidas neste sentido, serão apresentados, nos próximos tópicos, alguns exemplos destes tipos de decisão nos processos trabalhistas.

6. A equidade no Direito do Trabalho brasileiro

O julgamento *por* equidade é algo extremamente presente no cotidiano da Justiça Especializada Trabalhista. Um dos exemplos clássicos deste tipo de julgamento é a decisão proferida nos dissídios coletivos, em que os tribunais trabalhistas, através de sua composição plena ou de órgãos especializados, elaboram as normas que regularão aquela determinada categoria profissional.

Como bem ensinam Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1994, p. 652), neste caso, “o juiz deve julgar segundo a equidade, conciliando os interesses dos empregados com os dos empregadores, subordinando-os, sempre, aos interesses gerais da coletividade.”

Sendo assim, os julgadores, no conflito coletivo, devem estar atentos principalmente aos interesses gerais da coletividade, termo este que é, em verdade, o que se convencionou chamar de “*topoi*”, que, segundo a conceituação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., constitui-se

em “fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva, e que usamos, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas” (VIEHWIG, 1979, p. 4). Em outras palavras, trata-se de um conceito indeterminado, de alta reflexão, que exige uma interpretação do órgão julgador, o que acaba o levando a recorrer ao que considera justo no caso concreto.

Com efeito, ao proferir uma sentença normativa a partir das condições concretas vivenciadas pelas categorias econômica e profissional, ajustando a legislação à realidade fática, a Justiça do Trabalho decide *por* equidade, conforme se extrai do art. 766 da CLT, cujo texto assim dispõe: “nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas” (BRASIL, 1943).

Com relação à decisão *com* equidade, convém salientar o disposto no art. 852-I, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual, no procedimento sumaríssimo, “o juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum” (BRASIL, 1943). Referida previsão coletivista consagra, assim, os julgamentos *com* equidade na seara trabalhista.

Infere-se, portanto, que as decisões *por* equidade e *com* equidade são plenamente aplicáveis ao ordenamento juslaboral brasileiro, tendo a Consolidação das Leis do Trabalho, respectivamente, duas disposições nesse sentido, quais sejam: art. 766, que versa sobre o julgamento dos dissídios coletivos de natureza econômica; e art. 852-I, §1º, que dispõe acerca do julgamento dos dissídios individuais submetidos ao procedimento sumaríssimo.

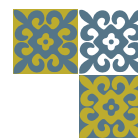
Além da possibilidade de decisão *por* equidade e *com* equidade no Direito do Trabalho, destacam-se as decisões que utilizam a equidade como meio supletivo. Reconhecida a existência de lacunas (axiológicas ou não) no ordenamento jurídico, tal fenômeno não poderia deixar de ocorrer no Direito do Trabalho, eis que este é um dos ramos da imensa e complexa árvore jurídica.

A equidade como fonte supletiva de integração e interpretação, a ser invocada em situações de lacuna jurídica, está consagrada no art. 8º da CLT. Assim, o julgador, valendo-se da equidade no preenchimento das lacunas existentes em determinado caso concreto, possibilita a adequação da norma aos fatos e valores referentes, eis que a evolução social do próprio Direito do Trabalho impõe novos problemas carentes de soluções.

Com isso, afirma-se, inclusive, que a equidade, como meio supletivo de interpretação e integração de normas, exerce um papel importantíssimo na reprivatização da autonomia da vontade, em virtude das transformações por que passa o juslaboralismo.

Por fim, não se pode deixar de fazer uma advertência.

A equidade, neste último sentido, não é um instrumento que se possa utilizar de maneira irresponsável somente para negar aplicabilidade à lei, sem a construção de uma interpretação jurídica coerente. Nesse sentido, Délio Maranhão (1995, p. 169):



Levar o juiz em conta, na aplicação da lei, as circunstâncias do caso concreto, ajustar a lei à espécie, aplicá-la humanamente, decidir, enfim, com equidade, dentro dos limites da norma, é função legítima do julgador. O que lhe não será possível é negar aplicação à lei, por considerá-la injusta. Como adverte De Page, não se deve refazer o direito sob pretexto de equidade. Esta, infelizmente, a tendência demasiado frequente de certos juristas que, na verdade, ignoram o direito e pretendem remediar essa ignorância recorrendo à equidade... A equidade deve ser uma ambiência, uma atmosfera. Não é um fim em si mesma, mas um meio. Deve ser manejada por mãos de artista, por juristas que conheçam o direito “tout court”, e não por aqueles que o ignorem e tentem suprir suas próprias deficiências por uma equidade que não é, em realidade, senão uma concepção primária.

É nisso que se acreditou e se acredita, hoje e sempre.

7. Conclusões

Em face de tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

1. A obra *El derecho del trabajo y la equidad*, de Mario de la Cueva, faz um contraponto inicial entre equidade e justiça, buscando delinear seus contornos conceituais e filosóficos, para, posteriormente, examinar a relação entre equidade e justiça social. Ademais, o autor identifica o caráter supletivo da equidade, como também o seu caráter interpretativo, fato este que demonstra a importância das discussões travadas na obra. Por fim, é interessante notar que Mario de la Cueva já sinalizava para a necessidade de aplicação da equidade na resolução de demandas envolvendo os direitos e interesses coletivos, sempre buscando a harmonia entre o geral e o particular.

2. A equidade pode ser definida como “igualdade, retidão, equanimidade”, ou seja, a equidade, no seu sentido original, equivale à própria noção de justiça, vale dizer, o ideal a ser atingido tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da norma, pois não há como se conceber, do ponto de vista lógico, um direito injusto.

3. Existem três formas básicas de decisões que se valem da equidade no vigente ordenamento jurídico brasileiro:

- a) Decisão *com* equidade: é toda decisão que se pretende estar de acordo com o direito, enquanto ideal supremo de justiça;
- b) Decisão *por* equidade: é toda decisão que tem por base a consciência e percepção de justiça do julgador, que não precisa estar preso a regras de direito positivo e métodos preestabelecidos de interpretação;
- c) Decisão utilizando-se a equidade *como meio supletivo de integração e interpretação de normas*: é toda decisão proferida no sentido de encontrar o equilíbrio entre norma, fato e valor (aplicação do direito ao caso concreto), na hi-

pótese de constatação de uma contradição entre a norma posta e a realidade, gerando uma lacuna.

4. As decisões *por* equidade e *com* equidade são plenamente aplicáveis ao ordenamento juslaboral brasileiro, tendo a Consolidação das Leis do Trabalho, respectivamente, duas disposições nesse sentido, quais sejam: art. 766, que versa sobre o julgamento dos dissídios coletivos de natureza econômica; e art. 852-I, §1º, que dispõe acerca do julgamento dos dissídios individuais submetidos ao procedimento sumaríssimo.

5. A equidade, como meio supletivo de integração e interpretação de normas, constituiu-se em um elemento importante na reprivatização da autonomia da vontade, em virtude das transformações por que passa o Direito do Trabalho. No entanto, não se pode deixar de fazer uma advertência. A equidade, neste último sentido, não é um instrumento que se possa utilizar de maneira irresponsável somente para negar aplicabilidade à lei, sem a construção de uma interpretação jurídica coerente.

8. Referências

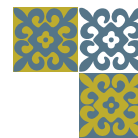
ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: Coleção Os Pensadores, v. 3. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Presidência da República. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Presidência da República. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Presidência da República. Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1>. Acesso em: 2 ago. 2016.



_____. Presidência da República. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1972.

DE LA CUEVA, Mário. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 4. ed. México: Editorial Porrúa S.A, 1954.

_____. El derecho del trabajo y la equidad. *Revista del Instituto del Derecho del Trabajo y de Investigaciones Sociales*, Quito, Ecuador, año XI, núm. 19, enero-junio de 1975.

DE LITALA, Luigi. *Diritto Processuale del Lavoro*. 1. ed. Torino: Unione Tipografico - Iditrice Torinese.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GIGLIO, Wagner D. A equidade e o Direito do Trabalho Brasileiro. *Revista LTr*, vol. 39, São Paulo: LTr, 1975.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MARANHÃO, Délio. et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MÁYNEZ, Eduardo García. Datos biográficos del doctor Mario de la Cueva. Disponível em: < <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/683/2.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Equidade no Direito do Trabalho". *Forum* (Revista do IAB - Instituto dos Advogados da Bahia), Edição Especial do 1º Centenário de Fundação, Salvador-BA, Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 132/160, Revista "Trabalho & Doutrina", nº 17, junho/98, São Paulo, Editora Saraiva, p. 112/126 e "Consultoria Trabalhista", Informativo Semanal nº 15, COAD, Ano XXXIII, 18/04/1999, p. 131/139.

REALE, Miguel. A Equidade no Direito do Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 69, n. 1, 1974.

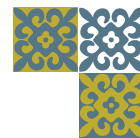
RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de Filosofia del Derecho*. 1. ed. México: Editorial Porrúa S.A, 1959.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários a CLT*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Floriano Correa Vaz da. A equidade e o Direito do Trabalho. Revista LTr. v. 38. São Paulo: LTr, 1974.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Comentários à CLT e à Legislação Complementar. São Paulo: LTr.

VIEHWIG, Theodor David. Tópica e Jurisprudência. Tradução e prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.



Direito Processual Intertemporal e a Instrução Normativa n.º 41/2018 do TST: a aplicação das inovações da Reforma Trabalhista ao processo do trabalho

Rodolfo Pamplona Filho¹

Leandro Fernandez²

1. Introdução:

Na sessão do dia 06 de fevereiro de 2018, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou a criação de uma Comissão para elaboração de minuta de uma Instrução Normativa a respeito da aplicação temporal das novas regras de Direito Material e Processual decorrentes da superveniência da Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista).

A Comissão foi composta pelos Ministros Aloysio Corrêa da Veiga (Presidente), Maria Cristina Peduzzi, Vieira de Mello Filho, Alberto Bresciani, Walmir Oliveira da Costa, Mauricio Godinho Delgado, Augusto César de Carvalho, Alexandre Agra Belmonte e Douglas Alencar Rodrigues.

¹ Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha – UCLM (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Tem experiência acadêmica e profissional na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Processual e Metodologia da Pesquisa, atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil, direitos da personalidade, direitos fundamentais, direito civil (parte geral, obrigações, contratos e família), direito processual do trabalho e relações trabalhistas em geral (individuais e coletivas). Atua no magistério superior desde 1996. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, coautor, organizador e coorganizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente, exercendo a sua Secretaria Geral, a qual já exerceu por duas gestões anteriores), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Apresentador do Talk-Show “Papeando com Pamplona”, produzido pelo CERSTV. Poeta. Músico. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Juiz do Trabalho concursado, com posse e exercício em 10/07/1995, sendo, atualmente, titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, desde junho/2015..

² Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Professor. Membro do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho (IBDT). Membro do Conselho Fiscal da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região – AMATRA VI (gestão 2016/2018).

A preocupação declarada da Corte era o estabelecimento de parâmetros consensuais entre os Ministros para incidência das novas regras, a fim de oferecer aos variados atores sociais previsibilidade em relação ao conteúdo das decisões judiciais.

A questão possuía especial relevo, tendo em vista que, na mesma sessão, houve o sobrestamento da apreciação das propostas de alterações de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Sodalício apresentadas por sua Comissão de Jurisprudência de Precedentes Normativos, em razão da necessidade de definição de uma questão prévia, concernente ao julgamento da arguição de inconstitucionalidade do art. 702, inciso I, alínea “f” da CLT, então suscitada. O aludido dispositivo, criado pela Reforma de 2017, erigiu, como é sabido, requisitos excessivamente rigorosos para a edição de verbetes pelos Tribunais Trabalhistas, regulando de maneira analítica matérias tipicamente reservadas aos Regimentos Internos destes, em evidente hipótese de atentado contra a autonomia do Poder Judiciário e a separação de poderes.

Aguardar o julgamento da arguição de inconstitucionalidade e o posterior exame das propostas apresentadas pela Comissão de Jurisprudência de Precedentes Normativos importaria no decurso de tempo considerável, durante o qual todos os sujeitos envolvidos com o mundo do trabalho enfrentariam profunda indefinição no tocante a diversos temas relevantes no cotidiano.

A Comissão de Regulamentação da Lei n.º 13.467/17 ofereceu suas conclusões quanto à edição de uma Instrução Normativa sobre os delicados temas do Direito Intertemporal em 16 de maio de 2018.

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou, em 21 de junho de 2018, com alterações pontuais em relação à minuta original, o texto definitivo, que recebeu a identificação de Instrução Normativa n.º 41/2018.

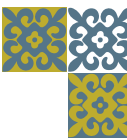
Analisaremos, a partir de agora, os principais aspectos do diploma editado pelo TST.

2. *Consideranda* e Exposição de Motivos

O exame dos *consideranda* e da Exposição de Motivos da IN n.º 41/18 permite a visualização de elementos essenciais para a compreensão das diretrizes que inspiraram sua elaboração.

O primeiro ponto a destacar é que **a IN n.º 41/18 não versa acerca do Direito Intertemporal Material do Trabalho**. É dizer: o TST houve por bem não editar um ato de interpretação da aplicação no curso do tempo aos contratos de trabalho das novas regras fixadas pela Lei n.º 13.467/17, reconhecendo que essa tarefa compete à atuação paulatina dos diversos órgãos jurisdicionais, que consolidarão seus entendimentos a partir do julgamento dos casos concretos apresentados à sua apreciação.

Sendo assim, a Instrução Normativa dispõe apenas a respeito da aplicação no tempo das normas de Direito Processual.



O segundo aspecto merecedor de atenção é que a IN n.º 41/2018, em genuflexão ao art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88 e ao art. 6º, *caput*, da LINDB (Decreto-Lei n.º 4.657/42), pautou-se pela incidência imediata das novas regras processuais, inclusive aos processos em curso, respeitando-se, entretanto, o direito adquirido processual, o ato jurídico processual perfeito e a coisa julgada. Um dos pilares da segurança jurídica é, sem dúvidas, a impossibilidade de modificação, pelo legislador, mediante a edição de novo diploma normativo, das *regras do jogo* processual válidas no passado, surpreendendo as partes e seus Advogados.

Vale lembrar, aqui, que a própria LINDB estabelece, no ordenamento jurídico pátrio, a conformação das figuras anteriormente mencionadas.

Assim, considera-se **ato jurídico perfeito** aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (art. 6º, §1º). A seu turno, os **direitos adquiridos** são tanto aqueles “que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (art. 6º, §2º). Por fim, a LINDB considera como **coisa julgada** a “decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º, §3º).

Deve-se destacar, em terceiro lugar, que há alusão expressa, nos *consideranda* da Instrução Normativa, à manifestação proferida pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho nos autos da Consulta n.º 17652-49.2016.5.00.0000, apresentada pela ANAMATRA. Trata-se de cautela importantíssima adotada pela Corte, com o propósito de evitar dúvidas e inquietações interpretativas em relação ao conteúdo da Instrução e à extensão dos seus efeitos.

Na referida Consulta, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho formulou indagação a respeito da visão da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho em relação à obrigatoriedade ou não de observância, pelos Juízes e Tribunais Trabalhistas, das previsões contidas na Instrução Normativa n.º 39/16, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho.

Convém recordar que, pouco antes do início da vigência do CPC/15, o TST editou a IN n.º 39/16, visando a esclarecer aos diversos atores do sistema de justiça a perspectiva do Tribunal acerca da incidência (ou não) das regras consagradas no novel Diploma Adjetivo.

O salutar propósito, entretanto, foi acompanhado por uma compreensível preocupação por parte das Associações de Magistrados em relação a possível violação à independência funcional dos Juízes, decorrente de suposto caráter vinculante do ato infralegal, ensejando, então, a apresentação da mencionada consulta à CGJT.

Ao examinar a matéria, assim concluiu a Corregedoria-Geral:

“1) a interpretação do Juiz do Trabalho em sentido oposto ao estabelecido na Instrução Normativa nº 39/2016 não acarreta qualquer sanção disciplinar;

2) a interpretação concreta quanto à aplicabilidade das normas do CPC (Lei nº 13.105/2015), em desconformidade com as regras da Instrução Normativa nº 39/2016 não desafia o manejo da correição parcial, por incabível à espécie, até porque a atividade hermenêutica do ordenamento jurídico exercida pelo magistrado encerra tão somente o desempenho da sua função jurisdicional, o que não implica em tumulto processual para os efeitos do caput do art. 13 do RICGJT, apto a ensejar a medida correicional”.

Logo, ao aludir ao processo n.º 17652-49.2016.5.00.0000 nos *consideranda* da IN n.º 41/18, o Tribunal Superior do Trabalho afasta qualquer dúvida em relação a (inevitáveis) inquietações quanto à vulneração à independência dos Juízes e Tribunais do Trabalho.

A interpretação, pelos órgãos julgadores, das novas regras processuais (quanto à sua aplicação temporal e ao conteúdo propriamente dito) instituídas pela Lei n.º 13.467/17 em sentido diverso daquele propugnado pela Instrução Normativa não acarreta a incidência de sanção disciplinar ou o manejo da correição parcial.

Assentadas tais premissas, cumpre-nos avançar ao exame de cada um dos artigos da IN n.º 41/18.

Esclarecemos, por relevante, que a proposta do presente trabalho não consiste na análise crítica do mérito das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, estando metodologicamente adstrita ao estudo da disciplina do Direito Intertemporal estabelecida pela Instrução Normativa em comento.

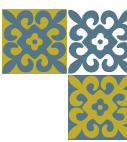
3. Art. 1º: Regas gerais

Art. 1º A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada.

O art. 1º da IN n.º 41/18 acompanha a diretriz estabelecida no art. 6º, *caput*, da LINDB, no art. 14 do CPC/15 e no art. 915 da CLT, isto é, as regras processuais criadas por lei nova são imediatamente aplicáveis aos processos em curso, devendo-se, porém, por razões de segurança jurídica, respeitar a validade dos atos já praticados e das posições jurídicas das partes já consolidadas.

A questão é de grande importância, uma vez que, dada a natureza do processo de ato jurídico complexo de formação sucessiva, é natural o decurso de período razoável de tempo entre seu início e seu encerramento, o que poderia ensejar dúvidas a respeito da obrigatoriedade ou não de incidência das regras existentes à época do ajuizamento da ação até a extinção da relação jurídico processual.

Trata-se, assim, de aplicação da denominada **teoria do isolamento dos atos processuais**, de acordo com a qual “a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem



seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais”.

Tal teoria, ressalte-se, há muito tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Superior Tribunal de Justiça como aquela acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4. Art. 2º: Prescrição intercorrente

Art. 2º O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o §1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/17).

Prescrição intercorrente é a “*que se dá no curso do processo, após a propositura da ação, mais especificamente depois do trânsito em julgado, pois, na fase de conhecimento, se o autor não promover os atos do processo, o juiz o extinguirá sem resolução do mérito*”.

Seu cabimento no Processo do Trabalho há décadas é objeto de divergência jurisprudencial e doutrinária.

Nos termos do Enunciado n.º 327 da Súmula de Jurisprudência do STF, o “*direito trabalhista admite a prescrição intercorrente*”. A seu turno, a Súmula n.º 114 do TST prevê que é “*inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente*”.

A Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista) acrescentou o art. 11-A à CLT, que prevê expressamente a possibilidade de reconhecimento (de ofício ou mediante provocação) da prescrição intercorrente na fase de execução, deflagrando-se seu prazo (dois anos) a partir da inércia do credor/exequente em relação ao cumprimento de determinação judicial. Eis a redação do dispositivo:

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.

O art. 2º da IN n.º 41/18 evidencia que o Tribunal Superior do Trabalho já reconhece que a alteração legislativa importou na superação da sua Súmula n.º 114, que haveria de ser cancelada. Nessa ordem de ideias, a própria Instrução Normativa em tela revogou o art. 2º, VIII, da IN n.º 39/16, que estabelecia a não aplicação ao Processo do Trabalho da disciplina veiculada no CPC/15 em relação à prescrição intercorrente.

A redação do dispositivo também sugere que a Corte não distinguirá, para fins de aplicação da prescrição intercorrente, as hipóteses nas quais o ato executivo depende exclusivamente de conduta da parte em relação aos casos nos quais o ato também poderia ser praticado pelo Judiciário, aparentemente com o propósito de observância do art. 878 da CLT, com a redação conferida também pela Lei n.º 13.467/17.

No tocante ao Direito Intertemporal, prevê o art. 2º da IN n.º 41/18 que a prescrição intercorrente somente será aplicável em relação a determinações judiciais proferidas após 11/11/2017 que venham a ser descumpridas pelo credor/exequente.

Seria mais tecnicamente adequada a utilização da expressão “a partir de” no lugar de “após”. Entretanto, considerando que o dia 11/11/2017 correspondeu a um sábado, dia sem expediente forense, e o disposto no art. 770 da CLT, a distinção não assume maior relevância prática.

O posicionamento consagrado pelo TST na IN n.º 41/18 prestigia a irretroatividade da lei, evitando que o exequente seja surpreendido com a pronúncia da prescrição intercorrente fundada em descumprimento de determinação judicial proferida antes do início da vigência da Reforma Trabalhista, em momento em que a jurisprudência consolidada do TST encampava a tese da inaplicabilidade da prescrição intercorrente ao Processo do Trabalho.

De fato, em consonância com o raciocínio que inspirou a elaboração do art. 916 da CLT, a “*lei nova que cria prazo prescricional somente gera efeitos a partir de sua vigência, não sendo aplicável retroativamente*”.

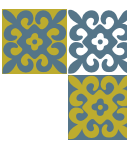
5. Art. 3º: Litisconsórcio necessário do sindicato nos processos com discussão sobre validade de cláusula coletiva

Art. 3º A obrigação de formar o litisconsórcio necessário a que se refere o art. 611-A, §5º, da CLT dar-se-á nos processos iniciados a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

O art. 611-A, §5º, da CLT consiste, sem sombra de dúvida, em uma das regras criadas pela Reforma Trabalhista provocadoras de maior perplexidade na doutrina trabalhista. Eis os seus termos: “*Art. 611-A, § 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos*”.

A carência de técnica jurídica na elaboração do dispositivo é, *concessa venia*, evidente.

A extração, em sede definitiva, do plano da validade no ordenamento jurídico, de uma cláusula firmada em convenção coletiva ou acordo coletivo depende da propositura de ação anulatória, cuja competência é dos Tribunais Trabalhistas. Em tal ação, os entes subscritores do diploma coletivo (sindicatos ou sindicato profissional e empresa) deverão



necessariamente figurar na lide, uma vez que não é possível invalidar um negócio jurídico apenas em relação a uma das suas partes. Logo, a novel previsão revela-se, aqui, tautológica e desnecessária.

Tratando-se de ação individual, a eficácia da coisa julgada existirá apenas *inter partes*, de modo que eventual declaração de nulidade de cláusula de ACT ou CCT ocorrerá *incidenter tantum*. É dizer: em uma reclamação trabalhista individual, seu objeto principal jamais será o reconhecimento da nulidade de cláusula de CCT ou ACT. Logo, a previsão contida no art. 611-A, §5º, da CLT simplesmente não possui viabilidade técnica de aplicação, não havendo sentido na inclusão como litisconsorte necessário de sujeito(s) cuja esfera jurídica sequer será atingida pelo julgamento.

Nessa ordem de ideias, ponderam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado que a “*eficácia da decisão judicial nas reclamações trabalhistas, sejam individuais, sejam plúrimas, e também nas ações por substituição processual sindical, tal eficácia não depende da presença do sindicato no processo judicial, como litisconsorte, uma vez que se trata de simples litígio entre empregado e empregador, vinculante apenas desses sujeitos jurídicos*”.

Precisamente por isso, sustentam que “*apenas a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica é que pode minorar as deletérias repercussões de regra tão inusitada, mantendo-a válida estritamente para os casos de ações anulatórias específicas de cláusulas de ACTs ou CCTs - ações autônomas, portanto -, sem abrangência, contudo, das reclamações trabalhistas individuais ou plúrimas e, até mesmo, das ações por simples substituição processual sindical*”.

Em matéria de Direito Intertemporal, consagrou o TST, em sua IN n.º 41/2018, a diretriz de acordo com a qual a exigência prevista no art. 611-A, §5º, da CLT apenas incidirá em relação aos processos iniciados a partir de 11/11/2017.

De nossa parte, entendemos que o único caso de aplicação do novo dispositivo celetista diz respeito às ações anulatórias de cláusulas de diplomas coletivos. Ocorre que, em tal situação, a participação dos entes coletivos subscritores do documento como litisconsortes não significa qualquer novidade. Logo, nas restritas hipóteses de seu cabimento, o dispositivo apenas veicula exigência já decorrente do ordenamento jurídico.

6. Art. 4º: Teto das custas processuais

Art. 4º O art. 789, caput, da CLT aplica-se nas decisões que fixem custas, proferidas a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017.

Por força da Lei nº 13.467/2017, o art. 789, caput, da CLT passou a prever um patamar máximo para o pagamento de custas processuais, correspondente a quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (em 2018, R\$ 22.583,20).

O marco estabelecido pelo TST para aplicação da nova regra foi a data em que for proferida a decisão que fixa as custas: se a partir do dia 11/11/2017, impõe-se a observância do teto criado pela Reforma Trabalhista.

7. Art. 5º: Honorários periciais

Art. 5º O art. 790-B, caput e §§ 1º a 4º, da CLT não se aplica aos processos iniciados antes de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

O art. 790-B da CLT, com a redação atribuída pela Lei n.º 13.467/17, estabelece novas regras em relação aos honorários periciais:

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

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

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

O aludido dispositivo legal manteve a regra de acordo com a qual a obrigação de pagamento dos honorários periciais deve recair sobre a parte sucumbente no objeto da perícia, passando a prever, entretanto, que tal responsabilidade subsistirá mesmo que o sujeito processual seja beneficiário da gratuidade de justiça.

Em interpretação literal, o §4º determina que o valor concernente aos honorários periciais seja abatido dos créditos eventualmente obtidos pelo beneficiário da justiça gratuita, ainda que em outros processos. Assim, a União apenas responderia pelos honorários do *expert* em caso de inexistência de créditos do beneficiário da gratuidade suficientes a custear a despesa.

A nova regra é polêmica.

Com efeito, a atual disciplina normativa a) restringe o âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à justiça, relativamente à abrangência da gratuidade de justiça já estabelecida pelo art. 98 do CPC/15; b) implica a atribuição, sem fundamentação razoável, de tratamento distinto entre o litigante no Processo Civil e no Processo do Trabalho, com regência menos favorável a este; c) pune, na prática, o trabalhador que postula o pagamento



de parcela cuja definição depende de conhecimento técnico e análises específicas, não exigíveis, obviamente, do leigo.

Portanto, se ultrapassado o filtro da constitucionalidade das referidas novas regras, a Súmula n.º 457 do TST haverá de ser alterada.

De acordo com o art. 1.047 do CPC/15, as disposições acerca do direito probatório veiculadas pelo novel Diploma Adjetivo “*aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência*”.

O marco, então, fixado pelo CPC para a incidência de novas regras no tocante às provas é o momento do seu requerimento ou da sua determinação.

Seguindo tal lógica, seria possível a aplicação da disciplina veiculada pelo art. 790-B da CLT aos processos em curso, desde que a prova pericial ainda não houvesse sido requerida ou determinada.

Não foi essa, entretanto, a orientação adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Houve por bem a Corte evitar surpreender as partes com a possibilidade de incidência de despesa não cogitada por ocasião do ajuizamento da ação, reconhecendo na previsão relativa aos honorários periciais a natureza híbrida, dada a criação de crédito (direito material) em relação a um sujeito.

Sendo assim, as referidas regras somente serão aplicáveis aos processos iniciados a partir de 11/11/2017.

O §1º do art. 790-B sugere que, em qualquer hipótese, o valor dos honorários periciais deve estar limitado ao teto estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, independentemente de o responsável pelo seu pagamento ser ou não beneficiário da gratuidade de justiça, tese há muito sustentada pelas entidades patronais, sob o argumento de observância da isonomia.

É interessante observar que a própria Resolução n.º 66/2010 do CSJT, que disciplina o pagamento de honorários periciais no caso de concessão da gratuidade de justiça, admite expressamente que o Juiz fixe o valor dos honorários em dimensão superior ao limite geral nela previsto (R\$ 1.000,00), desde que em decisão devidamente fundamentada, considerando-se, por exemplo, o elevado grau de complexidade da matéria objeto da perícia.

Parece-nos, assim, ainda admissível o estabelecimento de honorários periciais em valor superior a R\$ 1.000,00, de maneira excepcional, em decisão fundamentada (como, de resto, deve ser qualquer decisão).

O §2º do art. 790-B autoriza o deferimento do parcelamento dos honorários periciais. Naturalmente, o parcelamento somente será possível desde que a “*parte comprove não ter condições financeiras de pagar, de uma só vez, os honorários periciais*”.

Por fim, o §3º do art. 790-B veda a exigência de adiantamento de valores para realização de perícias.

A previsão legislativa está em consonância com a Orientação Jurisprudencial n.º 98 da SDI-II do TST, segundo a qual é “*ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito*”.

Uma cautela há de ser observada, porém. A regra prevista no art. 790-B, §3º, da CLT diz respeito apenas às partes do processo, persistindo a possibilidade de antecipação dos honorários pela União, no caso do beneficiário da justiça gratuita, em conformidade com o disposto no art. 2º, §2º, da Resolução n.º 66/2010 do CSJT. No mesmo sentido, registre-se, é o Enunciado n.º 101, item I, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

8. Art. 6º: Honorários advocatícios sucumbenciais

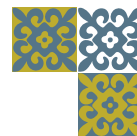
Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nº 219 e 329 do TST.

No âmbito do Direito Processual, um dos mais polêmicos temas abordados pela Reforma Trabalhista é, indubitavelmente, o dos honorários advocatícios. As indagações perpassam, por exemplo, a constitucionalidade da sua consagração na seara trabalhista, especialmente em relação ao dever de seu pagamento também pelo beneficiário da gratuidade de justiça (vide a petição inicial da ADI n.º 5.766, proposta pela PGR), a circunstância de seu percentual máximo fixado pela Lei n.º 13.467/17 ser inferior ao teto existente no campo do Processo Civil, a extensão da sua base de cálculo, bem como sua aplicabilidade ou não aos processos em curso, tema objeto da Instrução Normativa n.º 41/18.

As primeiras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema variaram da admissibilidade de incidência dos honorários advocatícios aos processos em tramitação, sob o fundamento de a regra geral ser a aplicação imediata da lei processual, até a afirmação da possibilidade de sua aplicação apenas às ações ajuizadas a partir do início da vigência da Lei n.º 13.467/17, considerando que os honorários advocatícios possuem natureza híbrida (não exclusivamente processual), já que importam na criação de direito à percepção de crédito (repercussão, portanto, de Direito Material).

O último posicionamento prevaleceu na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, consoante se depreende do exame do seu Enunciado n.º 98:

“HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO. Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, haja vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação”.



Idêntico posicionamento foi esposado pelo Tribunal Superior do Trabalho quando da elaboração da Instrução Normativa n.º 41/18, entendendo a Corte pela incidência do art. 791-A da CLT, que consagra o cabimento de honorários advocatícios sucumbenciais, como regra geral, apenas aos processos iniciados a partir de 11/11/2017.

Logo, quanto às ações ajuizadas antes da vigência da Reforma Trabalhista, os requisitos para a concessão dos honorários advocatícios persistem sendo aqueles contidos no art. 14 da Lei n.º 5.584/70 e na Súmula n.º 219 do TST, ainda que a respectiva sentença venha a ser proferida após 11/11/2017.

Advertimos o amigo leitor, entretanto, de que o tema está apenas *aparentemente* pacificado na seara trabalhista.

No dia 23/03/2018, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 1014675 AgR, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, apreciou caso em que se discutia precisamente o cabimento dos honorários advocatícios sucumbenciais no Processo do Trabalho, em razão do advento da Lei n.º 13.467/17. Naquela oportunidade, a Turma manifestou-se, por unanimidade, no sentido de que o “*direito aos honorários advocatícios sucumbenciais surge no instante da prolação da sentença*”, afastando a postulação do recorrente, uma vez que, naquela situação concreta, a lei nova surgiu apenas após haver sido proferida a sentença.

A decisão deve ser visualizada com cautela e serenidade.

Em primeiro lugar, por tratar-se de manifestação de órgão fracionário da Corte, não necessariamente representando o entendimento de todos os seus membros.

Em segundo lugar, a especificidade do caso concreto permitiu, inquestionavelmente, a adoção de uma solução construída a partir de um caminho argumentativo consideravelmente delimitado. Com efeito, não apenas a ação fora ajuizada antes da vigência da Reforma, mas também a sentença havia sido proferida antes de tal marco. O argumento da irretroatividade da lei era, de fato, suficiente para a rejeição da tese recursal, sem necessidade de desenvolvimento dos seus variados desdobramentos.

Em terceiro lugar, é importante lembrar que a decisão turmária não se constitui em precedente vinculante, à luz do art. 927 do CPC/15, embora naturalmente mereça elevada consideração e enseje reflexão por parte do operador do Direito a respeito da sua fundamentação e da sua conclusão.

Por ora, então, cabe-nos destacar que o entendimento adotado pelo TST em sua Instrução Normativa n.º 41/18 é no sentido da incidência do art. 791-A da CLT apenas às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017, advertindo, porém, quanto à relevância do acompanhamento das manifestações do STF acerca da matéria.

9. Art. 7º: Responsabilidade por dano processual

Art. 7º Os arts. 793-A, 793-B e 793-C, §1º, da CLT têm aplicação autônoma e imediata.

Os arts. 7º a 9º da Instrução Normativa n.º 41/18 oferecem considerável desafio interpretativo.

O art. 793-A da CLT prevê a responsabilidade por perdas e danos do reclamante, reclamado ou interveniente que litigar de má-fé. O art. 793-B celetista explicita as hipóteses de configuração da litigância de má-fé. O art. 793-C, §1º, da CLT dispõe que, sendo dois ou mais os litigantes de má-fé, o “juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária”.

Os dispositivos correspondem, quase literalmente, aos arts. 79, 80 e 81, §1º, do CPC/15, respectivamente.

Por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC, a disciplina relativa à litigância de má-fé já era aplicável ao Processo do Trabalho. Natural, portanto, que o TST haja assentado, na IN n.º 41/18, que os “arts. 793-A, 793-B e 793-C, §1º, da CLT têm aplicação autônoma e imediata”.

Causa perplexidade, entretanto, que o art. 8º da aludida Instrução Normativa preveja que a condenação por litigância de má-fé (art. 793-C, *caput*) somente é cabível nas reclamações propostas a partir de 11/11/2017. Diga-se o mesmo em relação às regras complementares contidas no art. 793-C, §§2º e 3º, da CLT, relativas à fixação do valor da indenização (art. 9º da IN).

Consoante assinalado, as sanções decorrentes da configuração da litigância de má-fé já eram aplicadas na Justiça do Trabalho, em razão da disciplina contida no CPC/15, não se tratando, aqui, de regras criadas pela Reforma Trabalhista. A única exceção diz respeito aos honorários advocatícios, objeto de comentário em tópico específico.

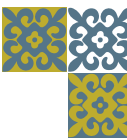
Logo, com a devida vênia, existe clara contradição entre o art. 7º e os arts. 8º e 9º da Instrução Normativa n.º 41/18.

10. Art. 8º: Condenação por litigância de má-fé

Art. 8º A condenação de que trata o art. 793-C, caput, da CLT, aplica-se apenas às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

O art. 793-C, *caput*, da CLT (transcrição literal do art. 81, *caput*, do CPC/15) prevê o seguinte:

“De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por



cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou”.

Conforme já comentado, a condenação do litigante de má-fé ao pagamento das parcelas previstas no art. 81 do CPC/15 já era aplicada no âmbito da Justiça do Trabalho, ressalvados, apenas, os honorários advocatícios (já objeto de comentário).

Não nos parece prestigiar a melhor técnica consagrar, no art. 7º da IN, a aplicação imediata da responsabilidade dos sujeitos por dano processual e das hipóteses de configuração da litigância de má-fé e, no art. 8º, definir, de maneira diametralmente oposta, que as sanções decorrentes da litigância de má-fé somente seriam aplicáveis às reclamações ajuizadas a partir de 11/11/2017.

Trata-se, ademais, de mitigação à teoria do isolamento dos atos processuais que pode provocar situações processuais inusitadas: acaso uma das partes de processo iniciado anteriormente à Reforma Trabalhista pratique, após o início da vigência desta, um dos atos capitulados como configuradores da litigância de má-fé, será ela considerada litigante de má-fé, sem, contudo, ser possível aplicar-lhe qualquer sanção? Nem mesmo seria cabível a imposição de consequências jurídicas com fundamento no art. 81, *caput*, do CPC/15, cuja utilização já era admitida pela Justiça do Trabalho?

Em nossa visão, o art. 793-C, *caput*, da CLT não representa qualquer novidade no âmbito do Processo do Trabalho, tendo em vista a aplicabilidade do art. 81, *caput*, do CPC/15, por força do art. 769 celetista e do art. 15 do Diploma Adjetivo, estando plenamente autorizada sua incidência de imediato aos processos em curso.

11. Art. 9º: Valores da multa por litigância de má-fé e da indenização por dano processual

Art. 9º O art. 793-C, §§2º e 3º, da CLT tem aplicação apenas nas ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Os §§2º e 3º do art. 793-C da CLT complementam a disciplina atinente ao estabelecimento de valores da multa por litigância de má-fé e da indenização por dano processual, nos seguintes termos:

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

A disciplina é quase idêntica à do art. 81, §§2º e 3º, do CPC/15, distinguindo-se apenas em relação ao limite da multa, que, no Processo Civil, corresponde a dez vezes o valor do salário mínimo.

A única peculiaridade merecedora de atenção, saliente-se, é que o valor equivalente a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS (em 2018, R\$ 11.291,60) é superior, na atualidade, a dez vezes o salário mínimo (R\$ 9.540,00).

Quanto ao mais, remetemos os amigos leitores ao tópico anterior, considerando a abordagem já desenvolvida.

12. Art. 10: Aplicação da multa por litigância de má-fé à testemunha

Art. 10 O disposto no caput do art. 793-D será aplicável às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Parágrafo único. Após a colheita da prova oral, a aplicação de multa à testemunha dar-se-á na sentença e será precedida de instauração de incidente mediante o qual o juiz indicará o ponto ou os pontos controvertidos do depoimento, assegurados o contraditório, a defesa, com os meios a ela inerentes, além de possibilitar a retratação.

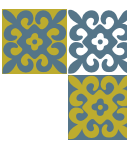
O art. 793-D da CLT cria a hipótese de aplicação da multa por litigância de má-fé à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa.

No *caput* do art. 10 da IN n.º 41/18, novamente o TST afasta-se da teoria do isolamento dos atos processuais, manifestando-se no sentido da aplicabilidade do dispositivo apenas aos processos iniciados a partir de 11/11/2017.

Em nossa visão, *rogata venia*, inexistente justificativa para a orientação consagrada na Instrução Normativa. Ocorrendo a oitiva da testemunha a partir da vigência da Reforma Trabalhista, entendemos plenamente possível a incidência da consequência jurídica em comento: não há direito adquirido processual da testemunha a não ser sancionada por intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos relevantes com fundamento em legislação vigente à época do seu depoimento, mas inexistente ou inaplicável quando do ajuizamento da ação. *Tempus regit actum*, afinal.

Naturalmente, não será possível a aplicação retroativa do art. 793-D celetista para sancionar a testemunha cujo depoimento foi prestado antes do advento da Lei n.º 13.467/17.

A leitura do parágrafo único do art. 10 da IN n.º 41/18 pode, em um primeiro momento, ocasionar certa inquietação, tendo em vista que aparentemente o diploma propõe a criação de um novo incidente processual específico para apuração da configuração da litigância de má-fé da testemunha, em usurpação de competência legislativa.



Não se trata disso, entretanto. Em verdade, o dispositivo em tela simplesmente densifica, para a situação concreta, os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a garantia constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo (art. 5º, incisos LIV e LV).

A instauração de incidente específico para apuração da qualificação do comportamento da testemunha prestigia, assim, alguns dos mais relevantes pilares do Estado de Direito.

13. Art. 11: Exceção de incompetência

Art. 11. A exceção de incompetência territorial, disciplinada no art. 800 da CLT, é imediatamente aplicável aos processos trabalhistas em curso, desde que o recebimento da notificação seja posterior a 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

A Reforma Trabalhista alterou profundamente o procedimento da exceção de incompetência (art. 800 da CLT). Na atualidade, a exceção deve ser oferecida no prazo de cinco dias, contados do recebimento da notificação.

Com sua apresentação, o processo será imediatamente suspenso, não sendo possível, inclusive, a realização da audiência inaugural. Será, então, realizada a conclusão dos autos ao Magistrado, que intimará o reclamante e, se existentes, os litisconsortes, para manifestação no prazo comum de cinco dias.

É possível a produção de prova oral, assegurada a possibilidade de oitiva do excipiente e de suas testemunhas por carta precatória.

A tramitação do feito prosseguirá com a decisão da exceção de incompetência e, a seguir, com a designação de audiência, a apresentação de defesa e a instrução processual perante o juízo competente.

A Instrução Normativa n.º 41/18 mantém-se, aqui, fiel à diretriz de observância da teoria do isolamento dos atos processuais.

Seria mais tecnicamente adequada a utilização, em seu art. 11, da expressão “ocorra a partir de” no lugar de “seja posterior a”. Entretanto, considerando que o dia 11/11/2017 correspondeu a um sábado, dia sem expediente forense, e o disposto no art. 770 da CLT, a distinção não assume maior relevância prática.

Recebida (e não necessariamente expedida) a notificação a partir de 11/11/2017, o procedimento a ser observado é aquele estabelecido pela Lei n.º 13.467.

Havendo controvérsia a respeito da data de recebimento da notificação, a questão deve ser solucionada à luz da Súmula n.º 16 do TST: “*Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário*”.

14. Art. 12: Indicação do valor dos pedidos. Pagamento de custas no arquivamento. Ausência da reclamada na audiência inaugural. Dispensa da necessidade de o preposto possuir a condição de empregado

Art. 12. Os arts. 840 e 844, §§ 2º, 3º e 5º, da CLT, com as redações dadas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não retroagirão, aplicando-se, exclusivamente, às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017.

§1º Aplica-se o disposto no art. 843, §3º, da CLT às audiências trabalhistas realizadas após 11 de novembro de 2017.

§2º Para fim do que dispõe o art. 840, §§1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil.

§3º Nos termos do art. 843, §3º, e do art. 844, §5º, da CLT, não se admite a cumulação das condições de advogado e preposto.

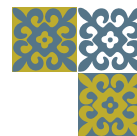
A Reforma Trabalhista alterou a disciplina relativa aos requisitos da petição inicial, nomeadamente em relação ao pedido, que, a partir de agora, deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor (art. 840, §1º), mesmo no caso da reclamação verbal que venha a ser reduzida a termo (art. 840, §2º), hipótese excepcionalíssima na atualidade), sob pena de sua extinção sem exame do mérito (art. 840, §3º).

Em consonância com a diretriz de preservação do ato jurídico processual perfeito, o art. 12, *caput*, da IN n.º 41/18 prevê que a exigência dos novos requisitos da petição inicial somente é cabível em relação aos processos iniciados a partir de 11/11/2017.

Inviável, portanto, determinar ao reclamante a emenda de petição inicial apresentada antes da vigência da Lei n.º 13.467/17 para compatibilização com o regramento por esta instituído. Raciocínio em sentido diverso importaria em vulneração à irretroatividade da lei nova e em agressão à proteção conferida ao ato jurídico perfeito, uma vez que “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (LINDB, art. 6º, §1º).

Ainda no tocante à petição inicial, considerando a frequente dificuldade dos trabalhadores para acesso, antes do ajuizamento da ação (e do oferecimento da contestação, acompanhada de documentos), a dados contratuais (a exemplo de metodologia de cálculo de remuneração variável, quantitativo de mercadorias comercializadas, espelhos de ponto, informações técnicas concernentes à definição do grau de insalubridade do local de trabalho) que permitam avaliar perfeitamente a extensão pecuniária das suas postulações, o art. 12, §2º, da IN n.º 41/18 prevê, com razoabilidade, que as exigências contidas no art. 840 da CLT estarão atendidas com a apresentação de uma estimativa dos valores dos pedidos (e, por consequência, de uma estimativa do valor da causa), observando-se, naquilo que for cabível, os arts. 291 a 293 do CPC/15.

A solução acolhida pelo TST já encontrava amparo doutrinário, conforme se extrai, *verbi gratia*, da lição de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado: “O importante é que, pelo menos, seja determinado ou determinável, repita-se, e que conte,



ademais, na petição inicial, com a estimativa de seu valor. O somatório desses montantes é que corresponderá ao valor da causa, em princípio. Nesse quadro, os pedidos têm de ser individualizados na petição inicial, além de merecerem a atribuição, ao cabo de sua indicação, da estimativa de seu valor monetário respectivo”.

No mesmo sentido, manifesta-se Mauro Schiavi: *“De nossa parte, não há necessidade de apresentação de cálculos detalhados, mas que o valor seja justificado, ainda que por estimativa. Isso se justifica, pois o empregado, dificilmente, tem documentos para cálculo de horas extras, diferenças salariais etc”.*

Naturalmente, também é cabível no Processo do Trabalho a formulação de pedido genérico nas hipóteses previstas no art. 324, §1º, II e III, do CPC/15. É possível, ainda, ao trabalhador valer-se da produção antecipada de provas (arts. 381 a 83 do CPC/15). Vale recordar, a propósito, que um dos casos nos quais a legislação admite expressamente a utilização da produção antecipada de provas é precisamente quando *“o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”* (CPC/15, art. 381, inciso III).

A Lei n.º 13.467/17 concebeu, ainda, uma série de alterações em relação ao regimento da audiência trabalhista.

Em relação ao arquivamento, decorrente da ausência do reclamante na audiência inaugural, passa a CLT a prever que este arcará com as custas processuais, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, exceto se comprovar que o não comparecimento decorreu de motivo legalmente justificável (art. 844, §2º). Positivou-se, ainda, a regra de acordo com a qual o pagamento de tais custas é *“condição para a propositura de nova demanda”* (art. 844, §3º).

Considerando a repercussão das novas regras sobre a avaliação dos custos do processo, fixa o art. 12 da IN n.º 41/18 que elas somente serão aplicáveis às reclamações propostas a partir de 11/11/2017.

Sob a perspectiva do reclamado, algumas importantes alterações também podem ser verificadas.

De acordo com o art. 843, §3º, da CLT, inserido pela Reforma Trabalhista, é desnecessário que o preposto ostente a condição de empregado do demandado, regra que supera a exigência consagrada na Súmula n.º 377 do TST.

Em conformidade com o art. 12, §1º, da IN n.º 41/18, a dispensa da condição de empregado deve ser observada nas audiências realizadas a partir da vigência da Lei n.º 13.467/17, prestigiando-se a teoria do isolamento dos atos processuais.

Por outro lado, o *caput* do art. 12 da IN n.º 41/18 estabelece que o art. 844, §5º, da CLT (segundo o qual *“ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados”*) somente será aplicável às ações propostas a partir de 11/11/2017.

A regulamentação revela-se, *concessa venia*, contraditória, afastando-se, no segundo caso, a teoria do isolamento dos atos processuais.

Obviamente, não é possível conferir efeitos retroativos ao art. 844, §5º, da CLT, visando a alcançar atos processuais consumados antes de 11/11/2017. Porém, não nos parece haver justificativa razoável para a não incidência da nova regra em relação às audiências ocorridas a partir de 11/11/2017, uma vez que o ato da audiência não possui uma relação de dependência direta quanto ao momento de propositura da reclamação. O ideal seria, em nossa perspectiva, o reconhecimento da aplicabilidade imediata (não retroativa) da novel disciplina.

Por fim, prevê o art. 12, §1º, da IN n.º 41/18 que, “*nos termos do art. 843, §3º, e do art. 844, §5º, da CLT, não se admite a cumulação das condições de advogado e preposto*”.

15. Art. 13: Iniciativa do Juiz para a execução e a deflagração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

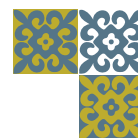
Art. 13. A partir da vigência da Lei nº 13.467, a iniciativa do juiz na execução de que trata o art. 878 da CLT e no incidente de desconsideração da personalidade jurídica a que alude o art. 855-A da CLT ficará limitada aos casos em que as partes não estiverem representadas por advogados.

A Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista) alterou o art. 878 celetista, que passa a contar com a seguinte redação: “*A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado*”.

De acordo com tal dispositivo, a execução de ofício deixa de ser a regra da Justiça do Trabalho, sendo reservada às hipóteses nas quais as partes não estão representadas por advogado. Na prática, elimina-se a atuação *ex officio* na execução, uma vez que o *jus postulandi* é absolutamente excepcional na quase totalidade das regiões do Brasil.

Do ponto de vista da economia processual e da racionalidade do procedimento, a alteração legislativa é bastante questionável, tendo em vista que a Justiça do Trabalho permanece competente para a execução de ofício das contribuições sociais previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar (CF/88, art. 114, inciso VIII; CLT, art. 876, parágrafo único; Súmula Vinculante n.º 53; Súmula n.º 368, I, do TST).

A lógica que ensejou a concessão de tal competência à Justiça Especializada fundamenta-se na tradição de execução de ofício dos créditos trabalhistas, aproveitando-se a realização dos mesmos atos processuais de liquidação e constrição de bens para obtenção do montante necessário à satisfação das contribuições sociais.



Com a Reforma Trabalhista, retira-se a competência da Justiça do Trabalho para execução de ofício do principal, mantida, entretanto, a atuação *ex officio* em relação ao acessório, em cenário destituído de racionalidade, lamentavelmente.

Em genuflexão à teoria do isolamento dos atos processuais, a Instrução Normativa n.º 41/18 prevê que a impossibilidade de iniciativa de ofício do Juiz na execução alcançará os novos atos a partir de 11/11/2017, exceto na hipótese excepcional de não estar a parte assistida por Advogado. Diga-se o mesmo em relação à deflagração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 855-A da CLT).

Estará, contudo, preservada a validade dos atos cuja prática foi determinada anteriormente à vigência da Lei n.º 13.467/17, mas que somente foram consumados a partir de tal marco.

16. Art. 14: Prazo comum para impugnação da liquidação

Art. 14. A regra inscrita no art. 879, §2º, da CLT, quanto ao dever de o juiz conceder prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada da conta de liquidação, não se aplica à liquidação de julgado iniciada antes de 11 de novembro de 2017.

A Lei n.º 13.467/17 alterou o art. 879, §2º, da CLT, modificando o procedimento relativo à impugnação das contas de liquidação.

Uma comparação entre a redação anterior e a atual auxilia a compreensão da reformulação legislativa quanto à matéria:

Redação anterior	Redação conferida pela Lei n.º 13.467/17
Art. 879, § 2º Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.	Art. 879, § 2º Elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

A Reforma Trabalhista, como se observa, elimina o procedimento facultativo quanto à impugnação aos cálculos (torna-se, agora, obrigatória a abertura de prazo para impugnação pelas partes), altera o seu prazo (que deixa de ser de dez dias, passando a ser de oito dias), o qual possui, a partir de então, caráter comum, não mais sucessivo (em consonância com a maior facilidade de acesso aos autos permitida pelo processo eletrônico).

Com isso, opta o legislador por sacrificar a celeridade em prol da ampliação do contraditório.

De acordo com a Instrução Normativa n.º 41/18, aproximando-se do denominado sistema das fases processuais, as novas regras analisadas somente incidirão em relação às liquidações iniciadas a partir de 11/11/2017.

17. Art. 15: Observância do prazo de 45 dias após a citação do executado para inscrição no BNDT, em cadastro de proteção ao crédito ou protesto

Art. 15. O prazo previsto no art. 883-A da CLT, para as medidas de execução indireta nele especificadas, aplica-se somente às execuções iniciadas a partir de 11 de novembro de 2017.

A moderna técnica processual incorporou medidas executivas indiretas como mecanismos eficientes para satisfação do pagamento das dívidas.

A Justiça do Trabalho tem utilizado, por exemplo, o encaminhamento da decisão a protesto (CPC/15, art. 517), a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (CPC/15, art. 782, §3º), bem como no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – BNDT (CLT, art. 642-A; Resolução Administrativa n.º 1.470/11 do TST), com a obtenção de interessantes resultados.

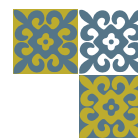
O art. 883-A da CLT, criado pela Lei n.º 13.467/17, a pretexto de tornar inequívoca a possibilidade de adoção das referidas medidas no Processo do Trabalho, erigiu um óbice temporal de difícil (se não inviável) explicação à luz da principiologia processual: o manejo dos aludidos instrumentos somente poderá ocorrer após o decurso de 45 dias contados da citação do executado. A nova regra temporal, sem dúvidas, despreza a celeridade processual e a eficácia das medidas executivas indiretas.

Pacificando a questão concernente ao Direito Intertemporal, decidiu o TST, em sua IN n.º 41/18, afastar-se da regra geral de acolhimento da teoria do isolamento dos atos processuais, adotando, aqui, o sistema de fases processuais: a restrição temporal criada pela Reforma Trabalhista no art. 883-A da CLT somente será aplicável às execuções iniciadas a partir de 11/11/2017.

18. Art. 16: Dispensa de garantia de execução de entidades filantrópicas e seus diretores

Art. 16. O art. 884, §6º, da CLT aplica-se às entidades filantrópicas e seus diretores, em processos com execuções iniciadas a partir de 11 de novembro de 2017.

O art. 884, §6º, da CLT, inserido na CLT pela Lei n.º 13.467/17, dispõe que a exigência de garantia do juízo para oferecimento dos embargos à execução “*não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõem ou compuseram a diretoria dessas instituições*”. O manejo dos embargos à execução por tais sujeitos não pressupõe, portanto, a garantia do juízo.



A despeito da louvável preocupação com as referidas entidades, a modificação legislativa pode gerar consequências processuais altamente indesejáveis. Nesse sentido, lembrando que a Reforma também dispensou as entidades filantrópicas do depósito recursal (art. 899, §10), pondera Homero Batista que a “*completa gratuidade para o empregador pode gerar deturpações, como incentivar a recorribilidade contra as sentenças da fase de conhecimento ou, ainda, protelar o cumprimento da decisão em execução, com a apresentação de embargos à execução desprovidos de fundamento*”.

Novamente abrindo uma exceção à teoria do isolamento dos atos processuais, a IN n.º 41/18 acolhe o sistema de fases processuais, explicitando que a isenção em tela somente é aplicável às execuções iniciadas a partir de 11/11/2017.

19. Art. 17: Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

Art. 17. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, regulado pelo CPC (artigos 133 a 137), aplica-se ao processo do trabalho, com as inovações trazidas pela Lei n.º 13.467/2017.

A IN n.º 39/16 previa, em seu art. 6º, a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no CPC/15, ao Processo do Trabalho, observadas algumas peculiaridades procedimentais.

A Lei n.º 13.467/17 inseriu o art. 855-A na CLT, determinando a aplicabilidade do mencionado incidente no Processo do Trabalho, em cópia quase literal do art. 6º da IN n.º 39/16. A única distinção digna de registro diz respeito à supressão da previsão de iniciativa de ofício pelo Juiz, em consonância com a nova redação do art. 876 celetista, igualmente em decorrência da Reforma Trabalhista.

O art. 17 da IN n.º 41/18 revela-se, assim, desnecessário, pois simplesmente reitera aquilo que já está expressamente previsto na legislação.

Registre-se, por relevante, que o art. 21 da Instrução Normativa n.º 41/18 revogou o art. 6º da IN n.º 39/16.

20. Art. 18: Uniformização de jurisprudência

Art. 18. O dever de os Tribunais Regionais do Trabalho uniformizarem sua jurisprudência faz incidir, subsidiariamente ao processo do trabalho, o art. 926 do CPC, por meio do qual os Tribunais deverão manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente.

§1º Os incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados ou iniciados antes da vigência da Lei n.º 13.467/2017, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho ou por iniciativa de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, deverão observar e serão concluídos sob a vigência da lei vigente ao tempo da interposição do recurso, segundo o disposto nos respectivos regimentos internos.

§ 2º Aos recursos de revista e de agravo de instrumento no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, conclusos aos relatores e ainda não julgados até a edição da Lei nº 13.467/17, não se aplicam as disposições contidas nos §§ 3º a 6º do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

§3º As teses jurídicas prevalecentes e os enunciados de Súmulas decorrentes do julgamento dos incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados ou iniciados anteriormente à edição da Lei nº 13.467/2017, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, conservam sua natureza vinculante à luz dos arts. 926, §§ 1º e 2º, e 927, III e V, do CPC.

A Lei n.º 13.015/14 conferiu nova redação aos §§3º a 6º do art. 896 da CLT, impondo aos Tribunais Regionais do Trabalho, com o propósito de assegurar coerência, integridade e estabilidade nas decisões judiciais, a utilização do Incidente de Uniformização da Jurisprudência (IUJ) previsto no CPC/73.

Ocorre que a figura do IUJ deixou de existir com o CPC/15, que concebeu, sem seu lugar, os institutos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC).

Todavia, em razão da previsão contida no art. 896, §§3º a 6º, da CLT, muitos TRT's prosseguiram utilizando o IUJ, a despeito de não mais haver amparo na legislação para tanto desde o início da vigência do CPC/15.

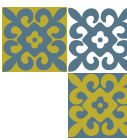
A interpretação dos Regionais foi influenciada por manifestação do Tribunal Superior do Trabalho no art. 2º da sua Instrução Normativa n.º 40/16, de acordo com a qual “após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, subsiste o Incidente de Uniformização de Jurisprudência da CLT (art. 896, §§ 3º, 4º, 5º e 6º), observado o procedimento previsto no regimento interno do Tribunal Regional do Trabalho”.

A celeuma somente veio a ser encerrada com o advento da Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista), que revogou os §§3º a 6º do art. 896 celetista, a indicar a insubsistência da figura do IUJ, harmonizando os sistemas de formação de precedentes vinculantes no Processo Civil e no Processo do Trabalho.

O art. 18, *caput*, da IN n.º 41/18 esclarece que a revogação dos aludidos dispositivos não afasta o dever de observância da coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais, por força da incidência do art. 926 do CPC/15.

O §1º do art. 18 da Instrução Normativa n.º 41/18 disciplina o destino dos IUJ's suscitados ou iniciados antes da vigência da Lei n.º 13.467/17, a qual, como dito, revogou os §§3º a 6º do art. 896 da CLT, observando o princípio *tempus regit actum* e assegurando o aproveitamento dos atos praticados: serão eles processados e concluídos em conformidade com a lei vigente à época da interposição do recurso.

O §2º do art. 18 da IN n.º 41/18 prevê a não aplicação das regras contidas nos §§3º a 6º do art. 896 celetista em relação aos recursos de revista e de agravo de instrumento no



âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, conclusos aos Relatores e ainda não julgados até a *edição* da Lei n.º 13.467/17.

Observa-se, aqui, que a Alta Corte Trabalhista afasta-se do critério da data da vigência da nova lei para a definição do Direito Intertemporal, utilizando como marco temporal a data da edição da Lei n.º 13.467/17, o que, *data venia*, não guarda coerência com a diretriz estabelecida no §1º do art. 18 da IN em comento. Entre 13/07/2017 (data de edição da Lei) e 10/11/2017, ainda estavam vigentes e plenamente aplicáveis os §§3º a 6º do art. 896 da CLT, ao menos à luz do já citado art. 2º da Instrução Normativa n.º 40/16 do próprio TST. Em outras palavras: o §2º do art. 18 da IN n.º 41/18 confere, na prática, efeitos retroativos à Lei n.º 13.467/17. Dada a regra geral de irretroatividade da nova legislação, a interpretação do dispositivo deve considerar como marco temporal não a data de edição do diploma, mas a da sua vigência.

Por fim, o §3º do art. 18 da Instrução Normativa n.º 41/18 prevê que conservam a natureza vinculante teses jurídicas prevaletentes e os enunciados de Súmulas decorrentes do julgamento dos IUJ's suscitados ou iniciados antes da edição da Lei n.º 13.467/17, o que está em consonância com a lógica de formação de precedentes obrigatórios erigida pelo CPC/15 (a despeito da utilização equivocada da figura do IUJ). Também aqui, impõe-se o registro da ressalva em relação à utilização da data de edição da aludida Lei como marco a ser considerado no exame do Direito Intertemporal.

21. Art. 19: Transcendência no Recurso de Revista

Art. 19. O exame da transcendência seguirá a regra estabelecida no art. 246 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, incidindo apenas sobre os acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho publicados a partir de 11 de novembro de 2017, excluídas as decisões em embargos de declaração.

A transcendência foi concebida como pressuposto para o Recurso de Revista pela MP n.º 2.226/01, prevendo que a regulamentação da figura seria realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em seu Regimento Interno.

Após quase vinte anos, não foi possível à Alta Corte Trabalhista, a despeito dos esforços e da constituição de algumas Comissões específicas, a disciplina da matéria, dada a multiplicidade de temas abordados por intermédio da aludida espécie recursal, bem como diante da ausência de razoável consenso entre os Ministros acerca de parâmetros suficientemente objetivos para balizar as exigências relativas ao exercício do direito de recorrer.

Houve por bem o legislador reformista, por ocasião da elaboração da Lei n.º 13.467/17, regulamentar o (polêmico) requisito da transcendência, o que fez no art. 896-A, §1º, da CLT, nos seguintes termos:

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I - econômica, o elevado valor da causa;

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

Os aspectos procedimentais quanto à análise da transcendência encontram-se estabelecidos nos §§2º a 6º do mesmo artigo.

Tratando-se de aspecto inerente ao exercício do direito de recorrer, as regras aplicáveis são aquelas vigentes ao tempo da publicação da sentença (não da data de interposição do recurso). Na lição do ilustre Manoel Antonio Teixeira Filho, “*em matéria de direito intertemporal o postulado básico, nuclear, é de que o recurso será regido pela lei que estiver em vigor na data do proferimento da decisão, respeitados os atos anteriores e os efeitos que tenham produzido*”.

No mesmo sentido é a previsão contida no art. 915 da CLT.

Idêntica compreensão foi acolhida pelo art. 19 da IN n.º 41/18, dispositivo que, em linhas gerais, repete a regra contida no art. 246 do Regimento Interno do TST, *in verbis*:

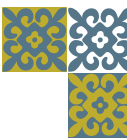
Art. 246. As normas relativas ao exame da transcendência dos recursos de revista, previstas no art. 896-A da CLT, somente incidirão naqueles interpostos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho publicadas a partir de 11/11/2017, data da vigência da Lei n.º 13.467/2017.

Sendo assim, a análise da existência ou não de transcendência no Recurso de Revista será cabível exclusivamente nos apelos interpostos em face de acórdão regional publicado a partir de 11/11/2017.

O referido art. 19 da Instrução Normativa esclarece, ainda, que a identificação de tal marco temporal deve levar em consideração a data da decisão principal proferida pelo TRT, não a decisão em sede de embargos de declaração.

22. Art. 20: Novas regras sobre depósito recursal

Art. 20. As disposições contidas nos §§ 4º, 9º, 10 e 11 do artigo 899 da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017, serão observadas para os recursos interpostos contra decisões proferidas a partir de 11 de novembro de 2017.



Mediante a alteração da redação do §4º e a inclusão dos §§9º, 10 e 11, todos do art. 899 da CLT, a Lei n.º 13.467/17 promoveu sensíveis alterações no regime jurídico relativo ao depósito recursal: a) o depósito deixa de ser realizado na conta vinculada do FGTS do trabalhador, passando a ser efetuado em conta vinculada ao juízo, com correção com os mesmos índices da poupança; b) redução do valor do depósito recursal à metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte; c) isenção do depósito recursal para beneficiários da justiça gratuita, entidades filantrópicas e empresas em recuperação judicial; d) possibilidade de substituição do depósito recursal por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

Com amparo no art. 7º da Lei n.º 5.584/70, prevê a Súmula n.º 245 do TST que o “*depósito recursal deve ser feito e comprovado no prazo alusivo ao recurso*”, de modo que a “*interposição antecipada deste não prejudica a dilação legal*”. A exceção diz respeito ao agravo de instrumento, por força do disposto no art. 897, §5º, da CLT, devendo sua comprovação ser realizada no ato de interposição do recurso.

Consoante anteriormente declinado, tratando-se de aspecto inerente ao exercício do direito de recorrer, as regras aplicáveis são aquelas vigentes ao tempo da publicação da sentença (não da data de interposição do recurso).

Na mesma linha de inteligência, fixa o art. 20 da IN n.º 41/18 que as novas regras concernentes ao depósito recursal aplicam-se aos recursos interpostos de decisões publicadas a partir de 11/11/2017.

deixar de fazer uma advertência. A equidade, neste último sentido, não é um instrumento que se possa utilizar de maneira irresponsável somente para negar aplicabilidade à lei, sem a construção de uma interpretação jurídica coerente.

23. Art. 21: Disposições finais

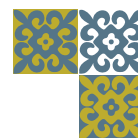
Art. 21. Esta Instrução entrará em vigor na data de sua publicação. Ficam revogados os arts. 2º, VIII, e 6º, da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST.

Em suas disposições finais, a Instrução Normativa n.º 41/18 determina sua entrada em vigor na data da sua publicação, bem como revoga os arts. 2º, VIII (vedação à aplicação da prescrição intercorrente), e 6º (regramento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho), da IN n.º 39/16, conforme anteriormente explicitado.

24. Quadro-resumo

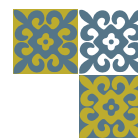
A partir dos pontos examinados, é possível elaborar um quadro-resumo dos posicionamentos consagrados pelo TST na Instrução Normativa n.º 41/18:

Art. 1º: Regas gerais	Eficácia imediata das normas processuais a partir do início da vigência da Lei n.º 13.467/17 (11/11/2017), respeitadas as situações processuais pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada
Art. 2º: Prescrição intercorrente (art. 11-A, §1º)	A deflagração do prazo de dois anos da prescrição intercorrente somente será aplicável em relação a determinações judiciais proferidas após 11/11/2017 que venham a ser descumpridas pelo credor/exequente
Art. 3º: Litisconsórcio necessário do sindicato nos processos com discussão sobre validade de cláusula coletiva (art. 611-A, §5º)	A exigência de formação de litisconsórcio necessário apenas incidirá em relação aos processos iniciados a partir de 11/11/2017
Art. 4º: Teto das custas processuais (art. 789, caput)	O teto das custas processuais (quatro vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS) aplica-se apenas às decisões que fixem custas proferidas a partir de 11/11/2017
Art. 5º: Novas regras sobre honorários periciais (art. 790-B)	As novas regras concernentes aos honorários periciais, inclusive quanto ao seu pagamento pelo beneficiário da justiça gratuita, aplicam-se somente aos processos iniciados a partir de 11/11/2017
Art. 6º: Honorários advocatícios sucumbenciais (art. 791-A)	As novas regras concernentes aos honorários advocatícios sucumbenciais, inclusive quanto ao seu pagamento pelo beneficiário da justiça gratuita, aplicam-se somente aos processos iniciados a partir de 11/11/2017
Art. 7º: Responsabilidade por dano processual (arts. 793-A, 793-B e 793-C, §1º)	A previsão de responsabilidade por perdas e danos do reclamante, reclamado ou interveniente que litigar de má-fé, a explicitação das hipóteses de configuração da litigância de má-fé e a previsão de condenação dos litigantes de má-fé na proporção do seu interesse ou de maneira solidária têm aplicação autônoma e imediata
Art. 8º: Condenação por litigância de má-fé (art. 793-C, caput)	As sanções decorrentes da litigância de má-fé (multa, indenização por prejuízos e despesas e honorários advocatícios) somente são aplicáveis às reclamações ajuizadas a partir de 11/11/2017



<p>Art. 9º: Valores da multa por litigância de má-fé e da indenização por dano processual (art. 793-C, §§2º e 3º)</p>	<p>As regras que estabelecem diretrizes em relação a valores da multa por litigância de má-fé e da indenização por dano processual são aplicáveis às reclamações ajuizadas a partir de 11/11/2017</p>
<p>Art. 10: Aplicação da multa por litigância de má-fé à testemunha (art. 793-D)</p>	<p>A aplicação de multa por litigância de má-fé à testemunha somente é possível nas reclamações ajuizadas a partir de 11/11/2017</p>
<p>Art. 11: Exceção de incompetência (art. 800)</p>	<p>O novo procedimento da exceção de incompetência é imediatamente aplicável aos processos trabalhistas em curso, desde que o recebimento da notificação seja posterior a 11/11/2017</p>
<p>Art. 12 (1): Indicação do valor dos pedidos (art. 840)</p>	<p>A exigência dos novos requisitos da petição inicial somente é cabível em relação aos processos iniciados a partir de 11/11/2017</p>
<p>Art. 12 (2): Pagamento de custas no arquivamento (art. 844, §§ 2º, 3º)</p>	<p>Pagamento de custas pelo reclamante que não se faz presente na audiência inaugural, ainda que beneficiário da justiça gratuita, e exigência de pagamento de tal despesa como condição para a propositura de nova demanda aplicam-se apenas aos processos iniciados a partir de 11/11/2017</p>
<p>Art. 12 (3): Ausência da reclamada na audiência inaugural (art. 844, §5º)</p>	<p>Recebimento da contestação e dos documentos quando presente apenas o Advogado em audiência, estando ausente o preposto, aplica-se apenas aos processos iniciados a partir de 11/11/2017</p>
<p>Art. 12 (4): Dispensa da necessidade de o preposto possuir a condição de empregado (art. 843, §3º)</p>	<p>Desnecessidade de o preposto ostentar a condição de empregado aplica-se às audiências realizadas após 11/11/2017</p>
<p>Art. 13: Iniciativa do Juiz para a execução e a deflagração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 878 e art. 855-A)</p>	<p>A impossibilidade de iniciativa de ofício do Juiz na execução alcançará os novos atos a partir de 11/11/2017, exceto na hipótese excepcional de não estar a parte assistida por Advogado. Diga-se o mesmo em relação à deflagração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica</p>

<p>Art. 14: Prazo comum para impugnação da liquidação (art. 879, §2º)</p>	<p>A previsão de obrigatoriamente o Juiz conceder prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada da conta de liquidação aplica-se apenas às liquidações de julgado iniciadas a partir de 11/11/2017</p>
<p>Art. 15: Observância do prazo de 45 dias após a citação do executado para inscrição no BNDT, em cadastro de proteção ao crédito ou protesto (art. 883-A)</p>	<p>A restrição temporal criada pela Reforma Trabalhista no art. 883-A da CLT somente será aplicável às execuções iniciadas a partir de 11/11/2017</p>
<p>Art. 16: Dispensa de garantia de execução de entidades filantrópicas e seus diretores (884, §6º)</p>	<p>A isenção em favor de entidades filantrópicas e seus diretores somente é aplicável às execuções iniciadas a partir de 11/11/2017</p>
<p>Art. 17: Incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 855-A)</p>	<p>Aplicabilidade ao Processo do Trabalho das normas do CPC/15, as inovações veiculadas pela Lei nº 13.467/2017</p>
<p>Art. 18: Uniformização de jurisprudência</p>	<p>1. IUJ's suscitados ou iniciados antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho ou por iniciativa de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, deverão observar e serão concluídos sob a vigência da lei vigente ao tempo da interposição do recurso. 2. Aos recursos de revista e de agravo de instrumento no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, conclusos aos Relatores e ainda não julgados até a edição da Lei nº 13.467/17, não se aplicam as disposições contidas nos §§ 3º a 6º do artigo 896 da CLT. 3. Conservam a natureza vinculante teses jurídicas prevaletes e os enunciados de Súmulas decorrentes do julgamento dos IUJ's suscitados ou iniciados antes da edição da Lei n.º 13.467/17</p>



<p>Art. 19: Transcendência no Recurso de Revista (art. 896-A, §1º)</p>	<p>A análise da existência ou não de transcendência no Recurso de Revista será cabível exclusivamente nos apelos interpostos em face de acórdão regional publicado a partir de 11/11/2017. A identificação de tal marco temporal deve levar em consideração a data da decisão principal proferida pelo TRT, não a decisão em sede de embargos de declaração</p> <p>Art. 20: Novas regras sobre depósito recursal (art. 899, §§ 4º, 9º, 10 e 11)</p>
<p>Art. 20: Novas regras sobre depósito recursal (art. 899, §§ 4º, 9º, 10 e 11)</p>	<p>As novas regras concernentes ao depósito recursal aplicam-se aos recursos interpostos de decisões publicadas a partir de 11/11/2017</p>

25. Conclusões

A Instrução Normativa n.º 41/18, cujo conteúdo não é dotado de obrigatoriedade em face de Juízes e Tribunais (vide *consideranda*), evidencia a preocupação do Tribunal Superior do Trabalho com o oferecimento de segurança jurídica e previsibilidade aos atores do mundo do trabalho, especialmente em relação àqueles envolvidos com o sistema de justiça.

Suas previsões contemplam apenas o Direito Processual do Trabalho, tendo sido reconhecida à jurisprudência a missão de paulatinamente construir interpretações acerca das novas regras de Direito Material, a partir de novos casos.

A regra geral adotada pela IN n.º 41/18 foi a da aplicação imediata da lei processual nova, em prestígio à teoria do isolamento dos atos processuais, respeitando-se, contudo, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Em alguns momentos, ressalte-se, a Instrução faz concessões à denominada teoria do sistema de fases processuais.

As contradições pontuais existentes no texto do diploma, especialmente no tocante ao regramento da responsabilidade por dano processual, exigirão especial atenção do intérprete, mas não reduzem a importância da apresentação à sociedade da compreensão da Alta Corte Trabalhista a respeito de algumas das mais relevantes alterações introduzidas pela Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista) no ordenamento pátrio.

26. Referências

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DALAZEN, João Oreste. Lições de Direito e Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; FERNANDEZ, Leandro. Tratado da Prescrição Trabalhista: Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: LTr, 2017.

SCHIAVI, Mauro. A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017.

_____. Manual de Direito Processual do Trabalho. 12 ed. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Curso de Direito do Trabalho Aplicado: execução trabalhista (v. 10). 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista: as alterações introduzidas no Processo do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.



O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano Fundamental ao Trabalho: a sua aplicação no âmbito da Reforma Trabalhista

Rodolfo Pamplona Filho¹
Matheus Lins Rocha²

Resumo: O controle de convencionalidade é um mecanismo essencial, utilizado com o objetivo de adequar o ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional ao que dispõem os tratados internacionais de direitos humanos. O referido mecanismo é analisado, aqui, como ferramenta de proteção aos direitos trabalhistas, verificando-se, especialmente, a possibilidade e a necessidade da adequação da Reforma Trabalhista, tendo como parâmetro as convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho, verificando-se a função do Poder Judiciário na aplicação do controle de convencionalidade.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Reforma Trabalhista. Organização Internacional do Trabalho. Direitos humanos fundamentais.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Trabalho como um Direito Humano Fundamental; 3. O Controle de Convencionalidade como Mecanismo Efetivador dos Direitos Humanos Fundamentais; 4. As Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho como Parâmetro de Controle de Convencionalidade no âmbito do Direito do Trabalho; 5. A Reforma Trabalhista e sua Possível Adequação às Convenções da Organização Internacional do Trabalho; 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.

¹ Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha – UCLM (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Tem experiência acadêmica e profissional na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Processual e Metodologia da Pesquisa, atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil, direitos da personalidade, direitos fundamentais, direito civil (parte geral, obrigações, contratos e família), direito processual do trabalho e relações trabalhistas em geral (individuais e coletivas). Atua no magistério superior desde 1996. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, coautor, organizador e coorganizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente, exercendo a sua Secretaria Geral, a qual já exerceu por duas gestões anteriores), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Apresentador do Talk-Show “Papeando com Pamplona”, produzido pelo CERSTV. Poeta. Músico. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Juiz do Trabalho concursado, com posse e exercício em 10/07/1995, sendo, atualmente, titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, desde junho/2015.

² Advogado. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduando em Direito da Comunicação Digital pela Laureate International Universities – FMU. Graduado em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

1. Introdução:

O controle de convencionalidade é um importante mecanismo que ainda é desconhecido pela grande maioria dos operadores do direito brasileiro. Todavia, o referido mecanismo do direito internacional já demonstrou sua eficácia no que se refere à efetivação dos direitos humanos fundamentais no âmbito da sua aplicação nos Estados latino-americanos.

Com a aprovação da Reforma Trabalhista, muito se tem discutido no que se refere à redução de direitos trabalhistas. Neste sentido, o presente artigo objetiva verificar a necessidade e aplicabilidade do controle de convencionalidade para a efetivação do direito ao trabalho digno, bem como verificar se o mecanismo de controle pode ser aplicado à Reforma Trabalhista.

Portanto, primeiramente, para que se verifique a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade no direito do trabalho faz-se necessário proceder com a delimitação dos termos direitos humanos e direitos fundamentais, sendo realizada a investigação do trabalho como integrante dos referidos conjuntos de direitos.

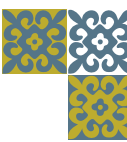
Posteriormente, o mecanismo do controle de convencionalidade será conceituado, sendo demonstrada a sua importância para a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Em seguida, as convenções da Organização Internacional do Trabalho serão estudadas, verificando-se a possibilidade de constituírem a parametricidade do controle das legislações trabalhistas, de acordo com os predominantes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Por fim, a Reforma Trabalhista será analisada, sendo verificada uma possível aplicação do mecanismo de controle no que se refere aos diplomas normativos internacionais elaborados pela Organização Internacional do Trabalho, realizando-se uma análise crítica do texto legal, para que sejam efetivados os direitos trabalhistas e o direito ao trabalho digno.

A presente pesquisa se justifica pela relevância teórica que possui, tendo em vista que o controle de convencionalidade é um mecanismo pouco conhecido e discutido no âmbito dos operadores do direito brasileiro, inclusive no que se refere ao direito do trabalho. Existe, ainda, uma contradição insolúvel entre os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e de grande parte da doutrina, no que se refere à parametricidade do controle de convencionalidade, o que afeta, diretamente, a forma de sua aplicação.

Justifica-se, ademais, uma vez que com a correta aplicação do controle de convencionalidade no âmbito do direito do trabalho, os direitos trabalhistas fundamentais dos indivíduos poderão ser efetivados por meio da jurisdição estatal, o que confere a eficácia das próprias normativas constitucionais e internacionais, bem como aos princípios que constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Trata-se de uma pesquisa interdisciplinar no âmbito do direito, que engloba as disciplinas do Direito Constitucional, do Direito Internacional, dos Direitos Humanos,



bem como do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho. Será empregado o método dedutivo, uma vez que a pesquisa partirá da análise de regras gerais propostas na Constituição Federal, nas Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, bem como na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o caso específico da aplicação do controle de convencionalidade à legislação trabalhista. A vertente metodológica do presente trabalho corresponde à jurídico-dogmática, uma vez que este se relaciona com a análise do ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que se refere às regras e princípios do ordenamento jurídico, sem interferência dos outros setores do conhecimento.

A linha deste trabalho é a crítico-metodológica, uma vez que objetiva repensar o direito do trabalho com a aplicação do controle de convencionalidade, para a promoção dos direitos humanos fundamentais. Esta pesquisa será trabalhada com dados primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência, bem como a doutrina. Já a técnica metodológica a ser utilizada será a pesquisa teórica, tendo em vista que esta construirá conceitos específicos e investigará diferentes argumentações dos setores dos já referidos ramos do direito para que possam ser utilizadas para a criação das conclusões e proposições.

2. O Trabalho como um Direito Humano Fundamental

A expressão “trabalho” decorre do significado da dor. Etimologicamente, independentemente do idioma que se estude, é perceptível que a expressão que define o significado de trabalho é derivada da dor e do sofrimento. Neste sentido, a expressão portuguesa trabalho, a francesa *travail* e a espanhola *trabajo*, são derivadas do vocábulo latino *tripalium*, que é a denominação de um instrumento de tortura composto por três paus. Ademais, as expressões *lavoro* e *labour* italiana e inglesa, respectivamente, são derivadas de labor, palavra também latina que remete à dor, ao sofrimento, à fadiga ou à atividade penosa, o que também relaciona a expressão grega *ponos*.

Corroborando com esse entendimento o disposto no capítulo 3, versículo 19 do livro Gênesis onde pode se verificar que Adão foi punido com a necessidade de se submeter ao trabalho para obter o seu sustento.

Entretanto, após diversas conquistas sociais, a expressão “trabalho” sofreu uma modificação completa, na medida em que escravos e servos se utilizavam deste como um fator que poderia proporcionar a liberdade ou a independência, bem como por força dos homens livres que ofereciam ao trabalho “o valor de lazer e de aperfeiçoamento do espírito”.

Verifica-se, deste modo, que o conceito de trabalho foi modificado de forma completa, deixando de ser um fator completamente negativo que retirava a dignidade do ser humano, para consubstanciar-se em um fator positivo e que, nas palavras de Benjamin Franklin, “dignifica o homem”. O trabalho é evidenciado, deste modo, como “um valor básico da vida humana.” Ratifica este entendimento a comparação dos textos constitucionais do artigo 136 da Constituição de 1937 com o artigo 6º da Constituição de 1988. Enquanto o texto da década de 30 estabelecia o trabalho como um dever social, a nossa última constituição é expressa ao afirmá-lo como direito social.

Para que se analise o referido valor básico como um direito humano fundamental, faz-se necessário que seja procedido com a delimitação dos conceitos dos termos “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Mesmo que sejam delimitados os presentes conceitos, verifica-se que estes não serão afastados no que se refere aos seus respectivos significados.

Por força da gradativa evolução dos direitos fundamentais ao longo da história, estabelecer um conceito preciso dos direitos fundamentais constitui-se em tarefa difícil. José Afonso da Silva estabelece que são utilizadas “várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”. Verifica-se que as referidas expressões são completamente correlacionadas com os direitos fundamentais, tendo até mesmo sido utilizadas como sinônimos. Cumpra aqui ser realizada a análise dos conceitos das expressões *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

A expressão *direitos do homem* possui relação com o período jusnaturalista, se relacionando intimamente com a proteção do ser humano, independentemente do momento histórico ou local. Os direitos do homem não necessitam estar, obrigatoriamente, positivados em determinado diploma normativo. A referida expressão é constituída pela presença dos direitos mais inerentes ao homem, havendo a consolidação destes, de forma absoluta, não por força da escrita do direito positivado, mas pela consciência humana, lapidada ao longo da história.

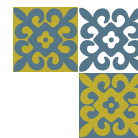
O direito internacional público está intimamente relacionado com a expressão *direitos humanos*. A doutrina majoritária, que pode ser representada pelos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior, estabelece que “os direitos humanos compreendem [...] todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual”.

Vislumbra-se, deste modo, que os Direitos Humanos são aqueles mais inerentes ao ser humano, sendo condição *sine qua non* para a efetivação da sua dignidade, sendo descritos, na maioria das vezes, no âmbito de documentos internacionais, que atuam como mecanismos de garantia da efetivação. Os referidos direitos podem ainda ser definidos como “aqueles direitos essenciais para que o ser humano seja tratado com a dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana, sem distinção de qualquer outra espécie.”

É possível conceituar os *direitos fundamentais* como os direitos mais essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana, positivados em determinado ordenamento jurídico, devendo esta positivação ser realizada na Constituição do respectivo Estado.

Dirley da Cunha Júnior conceitua os direitos fundamentais de forma sistemática, observando a estrutura da Constituição Federal, como o

gênero ou categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos, sejam elas referentes às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, em especial



e designadamente, os direitos civis individuais e coletivos (capítulo I), os direitos sociais (capítulo II e título VIII), os direitos de nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV) e os direitos dos partidos políticos (capítulo V), além dos direitos econômicos (título VII).

A partir da análise sistemática da Constituição Federal, vislumbra-se que os direitos fundamentais são, em verdade, todas as matérias tratadas no Título II da Carta Magna brasileira. Entretanto, não se pode afirmar que estes direitos se esgotam nestas previsões ou na própria Constituição. Os direitos fundamentais, todavia, se consubstanciam “como núcleo da proteção da dignidade da pessoa”, sendo estes “inerentes ao homem e oponíveis ao Estado.”

Ademais, estabelece Miguel Calmon Dantas:

Neste sentido, os direitos fundamentais participam do coração do constitucionalismo, dão-lhe um norte, direcionando a ação do Poder Constituinte, em cada nova manifestação, como também da sociedade composta pelos seus intérpretes, que devem conduzir-se sempre no desiderato da consagração, expansão, promoção, efetividade e garantia dos direitos fundamentais.

Dirley da Cunha Júnior ainda estabelece e delimita um conceito constitucional aos direitos fundamentais, unindo o sentido formal com o material nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalmente formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos tratados que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

Deve-se evidenciar, ademais, o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet que estabelece os direitos fundamentais como os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada estado”.

Em síntese, estabelece Canotilho:

Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Após a acurada análise das expressões citadas, vislumbra-se que o fator diferencial entre os “direitos do homem”, os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos” é justa-

mente a forma e o local da sua positivação. Enquanto normalmente não há positivação quando se analisa os direitos do homem, verifica-se que os direitos fundamentais, bem como os direitos humanos estão, respectivamente, em um âmbito nacional e internacional, sendo as matérias tratadas de total importância no sentido da proteção dos seres humanos, possuindo, portanto, a mesma carga axiológica.

É o que se depreende dos ensinamentos de Valério Mazzuoli:

Como se nota, ambas as expressões analisadas – direitos do homem e direitos fundamentais – diferem do conceito de “direitos humanos” por versarem direitos que, ou não estão inscritos em quaisquer textos (“direitos do homem”), ou estão apenas previstos na ordem jurídica interna dos Estados (“direitos fundamentais”). Assim, quando se fala em “direitos humanos”, está-se a referir aos direitos inscritos (positivados) em tratados ou previstos em costumes internacionais. Trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e acenderam ao plano de proteção internacional.

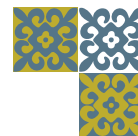
No mesmo entendimento, Dirley da Cunha Júnior aduz que “Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais”. Geovane Peixoto demonstra o mesmo entendimento ao afirmar que “os direitos fundamentais são, em essência, direitos humanos transformados em direito constitucional positivo”.

André Ramos Tavares, por sua vez, demonstra que existe uma verdadeira proximidade entre as espécies de direito referidas, beirando a igualdade. Outro fator que corrobora com o quanto abordado são as características comuns que as espécies de direitos possuem. A historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a proibição do retrocesso são características inerentes aos direitos fundamentais, assim como aos direitos humanos.

Diante de tudo isso, a expressão “direitos humanos fundamentais” é utilizada por grande parte da doutrina, evidenciando, claramente, que existe, em verdade, uma estreita aproximação entre as expressões discutidas. Alexandre de Moraes evidencia este fator aduzindo que prefere a expressão “Direitos Humanos Fundamentais”, explicitando que os referidos direitos “colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.”

É necessário que fique claro, contudo, que a equiparação de determinados direitos não significa que os termos devem ser utilizados e aplicados como sinônimos, havendo diferenças marcantes entre estes, como já visto. Entretanto, deve-se estar claro o fato de que os termos são completamente próximos no que tange à substância material, com relação aos direitos mais importantes e essenciais ao homem.

A Constituição Federal consagra o trabalho como valor social e como fundamento da República Federativa do Brasil ao estabelecer, já no seu artigo 1º, inciso IV:



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Ademais, o trabalho, já evidenciado como direito essencial para garantir a dignidade da pessoa humana, é expresso na Constituição Federal, no artigo 6º, como um direito social. Este fator atribui ao trabalho o status de verdadeiro direito fundamental social. O artigo 7º, por sua vez, dedica especial atenção ao trabalho, estabelecendo direitos aos trabalhadores com a finalidade de promover a melhoria das condições sociais e o exercício pleno do próprio direito ao trabalho.

A importância do direito ao trabalho é tamanha que a Constituição Federal estabelece a Justiça do Trabalho, órgão específico do Poder Judiciário que trata das demandas trabalhistas e do essencial direito fundamental social, nos âmbito dos seus artigos 111 a 126. O que evidencia mais ainda o cuidado do Estado brasileiro com direito ao trabalho é o fato de que todas as Constituições, desde a do ano de 1934, preveem a instituição da Justiça do Trabalho, sendo esta regulamentada pela legislação infraconstitucional por força da referida Constituição, bem como no âmbito da Constituição de 1937. A partir do ano de 1946, as Constituições passaram a atribuir à Justiça do Trabalho ainda maior importância ao estabelecer sua organização no próprio texto constitucional.

Vislumbra-se, ademais, que a Constituição de 1824 já estabelecia, mesmo que minimamente, uma proteção no que tange ao direito ao trabalho, ao afirmar que nenhum gênero de trabalho pode ser proibido. A Constituição de 1891, por sua vez, é clara ao estabelecer que o trabalho necessitava de legislação própria. A partir desse momento, a proteção ao trabalho foi, cada vez mais, ganhando maior proporção.

Portanto, é possível perceber que o direito ao trabalho, em algumas constituições tratado como dever, já faz parte dos elementos protegidos pelas Constituições brasileiras por mais de um século, demonstrando, sem sobra de dúvidas, o caráter de direito fundamental que possui.

Verifica-se, ainda, o trabalho como um verdadeiro integrante do conjunto de direitos humanos, na medida em que a Organização Internacional do Trabalho objetiva, incessantemente, promover o exercício do direito ao trabalho da melhor forma possível, a partir de convenções internacionais.

O Direito Internacional do Trabalho tem como finalidade a regulamentação dos direitos e obrigações no que se refere a empregados e empregadores no âmbito das relações laborais, fixando parâmetros mínimos e básicos no direito do trabalho, que devem ser aplicados pelos Estados. Objetiva, ademais, promover a dignidade da pessoa humana e o bem estar social.

Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho, criada pelo tratado de Versalhes, já celebrou 189 (cento e oitenta e nove) convenções e 201 (duzentos e uma) recomendações sobre a proteção do ser humano no direito do trabalho. Em que pese já existam mecanismos que ajudem no combate do descumprimento das Convenções Internacionais do Trabalho, sendo estas a Reclamação e a Queixa, vislumbra-se que outro mecanismo, que tem se mostrado cada vez mais efetivo, deve ser analisado e aplicado.

3. O Controle de Convencionalidade como Mecanismo Efetivador dos Direitos Humanos Fundamentais

A comunidade internacional, no panorama jurídico e social da atualidade, procura promover a efetivação dos direitos humanos fundamentais aos indivíduos da melhor forma possível. Neste sentido, é possível verificar que o mecanismo do controle de convencionalidade serve como importante ferramenta a fim de que os ordenamentos jurídicos dos Estados possam promover a efetivação dos direitos trabalhistas, bem como dos demais direitos fundamentais.

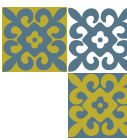
Com a acurada análise da Constituição Federal de 1988, vislumbra-se que podem ser extraídas três vertentes no que se refere aos direitos fundamentais. As referidas vertentes constituem fontes constitucionais de proteção dos direitos humanos fundamentais, sendo delimitadas pela doutrina majoritária em direitos e garantias expressos na constituição, direitos e garantias previstos na Constituição de forma implícita, bem como, por fim, os direitos e garantias expressos decorrentes dos tratados internacionais referentes a direitos humanos que o Estado brasileiro tenha ratificado e nos quais seja parte.

O entendimento de Valério Mazzuoli ratifica a presente discussão:

[...] além dos direitos expressos na Constituição (primeira vertente), há também os direitos nela implícitos (segunda vertente), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios (segunda subdivisão da segunda vertente) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (terceira vertente), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provêm ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil. [...]

No mesmo sentido, estabelece Dirley da Cunha Júnior:

[...] a Constituição Federal adota cláusula aberta ou de não tipicidade dos direitos fundamentais, para admitir a existência de outros direitos fundamentais, para além dos nela positivados, seja decorrentes do regime e dos princípios que adota (reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, que vem desde a Constituição de 1891), seja decorrentes dos tratados internacionais que o Estado brasileiro seja parte (reconhecimento de direitos fundamentais instituídos por tratados, que foi inovação da Constituição de 1988).



Neste sentido, é possível notar que os tratados internacionais de direitos humanos possuem papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o fato de que a Constituição Federal estabelece, de forma expressa, a importância destes para a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

A Constituição Federal é expressa em seu artigo 5º, § 2º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de determinados tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. De forma ainda mais clara, o § 3º do referido artigo, incluído pela Emenda Constitucional 45/04, é taxativo ao estabelecer que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Com a leitura do texto constitucional, conclui-se que, uma vez incorporados determinados direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio, por meio dos tratados e convenções internacionais, o bloco de constitucionalidade ou a parametricidade dos mecanismos de controle de convencionalidade do ordenamento ganha maior dimensão, ampliando-se.

Verifica-se, portanto, a possibilidade da aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade com a finalidade da efetivação dos direitos humanos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Já aplicado e amplamente discutido no que se refere aos Tribunais da grande maioria dos Estados latino-americanos, o controle de convencionalidade atua como protetor das minorias e dos direitos humanos fundamentais, devendo ser aplicado, principalmente, por meio da jurisdição constitucional.

É possível conceituar o controle de convencionalidade como a “compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”. No ano de 1975, o Conselho Constitucional Francês citou pela primeira vez o mecanismo de fundamental importância que serve justamente para adequar as normas de determinado ordenamento jurídico no que se refere às disposições dos Tratados internacionais de direitos humanos ratificados por determinado Estado.

Antônio Augusto Cançado Trindade já se pronunciava, desde o século passado, no sentido de haver a possibilidade da adequação das leis internas às obrigações acordadas em tratados internacionais pelos Estados Partes:

A significação e o alcance dos tratados sobre proteção dos direitos humanos não de ser medidos igualmente por seus possíveis efeitos no direito interno dos Estados Partes. Por vezes tais tratados impõem deveres que implicam a interação entre suas normas e as de direito interno [...]. Assim, tanto pode haver um impacto de tais tratados no direito interno dos Estados Partes – como efetivamente tem ocorrido, no sentido de acarretar mudanças legislativas internas harmonizando as leis nacionais com as obrigações convencionais – quanto, vice-versa, e menos estudado até hoje, do direito interno no sistema daqueles tratados.

Por sua vez, Sidney Guerra define o controle de convencionalidade como “um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais”, frisando que as normas internas de determinado Estado devem se adequar ao disposto nos tratados internacionais ratificados. Pontua, ainda, o autor:

Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção.

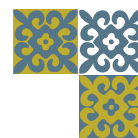
Canotilho estabelece, no âmbito do direito português, que as normativas de determinado direito comunitário constituem direito aplicável, de forma direta, no que se refere a todos os Estados membros, possuindo validade e eficácia imediata. Portanto, assevera que os atos normativos referidos atuam com a possibilidade de derogar as leis internas portuguesas que eventualmente possam dispor de forma contrária. Ademais, pontua o autor que a primazia do direito comunitário é uma fonte normativa da própria ordem jurídico-constitucional.

Já no que se refere à aplicação do mecanismo ao ordenamento jurídico brasileiro, vislumbra-se que este é ainda desconhecido pelos operadores do direito, sendo portanto pouco debatido pelo Poder Judiciário brasileiro. Todavia, faz-se necessário que os operadores do direito entendam o Controle de Convencionalidade como um essencial mecanismo que possibilita a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Verifica-se que o mecanismo tem sido utilizado, de forma gradativa, nos países da América Latina, bem como no âmbito da Corte Interamericana de Direitos.

É possível concluir, deste modo, que o bloco de constitucionalidade brasileiro possibilita a aplicação tanto do já conhecido controle de constitucionalidade como, também, do controle de convencionalidade que adequa os dispositivos infraconstitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil, possuindo, portanto, uma parametricidade específica.

A consolidação da ferramenta do controle de convencionalidade no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é evidenciada pelo julgamento dos casos *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, *Trabajadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*, *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico*, *Gelman vs. Uruguay* e *Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brazil*, todos disponíveis no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, verifica-se que o mecanismo já é amplamente discutido e aplicado no âmbito da maioria dos países latino-americanos. Determinados estudos já demonstram que o Chile, a Argentina, o México, o Peru, o Uruguai, a Costa Rica, a Colômbia e a República Dominicana cumprem as determinações estabelecidas na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido da aplicação do controle, colocando o mecanismo como importante ferramenta no que tange à finalidade de promover a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Com a análise da doutrina citada, vislumbra-se



o entendimento no sentido da necessidade da utilização do referido controle, no âmbito do Poder Judiciário dos Estados.

Neste sentido, o controle de convencionalidade deve ser, cada vez mais, discutido e analisado, pelos aplicadores do direito brasileiro, para que este possa alcançar avanços no âmbito da promoção e efetivação dos direitos humanos fundamentais pela adequação das disposições do ordenamento jurídico pátrio.

4. As Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho como Parâmetro de Controle de Convencionalidade no âmbito do Direito do Trabalho

O direito internacional do trabalho já foi discutido aqui como importante ramo do direito que estabelece e protege os direitos mais essenciais dos indivíduos no que se refere ao trabalho por meio das Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho. Neste sentido, é possível perceber a aplicação do controle de convencionalidade como mecanismo de efetivação dos direitos trabalhistas nos termos das referidas Convenções Internacionais.

Entretanto, para que sejam adequadas as legislações trabalhistas às convenções internacionais da OIT, deve ser verificado o posicionamento hierárquico das referidas convenções, para que, a partir disso, se verifique a forma de aplicação do mecanismo de controle.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos é discutida por quatro teorias, com posicionamentos divergentes.

O Supremo Tribunal Federal atribuía, anteriormente, aos tratados internacionais de direitos humanos, o *status* normativo de Lei Ordinária, não possuindo mais relevância o referido posicionamento no que tange às discussões sobre a temática, justamente por força do avanço dos direitos humanos no que se refere à jurisprudência do Supremo. É possível notar este posicionamento no julgamento da ADI 1480 MC / DF, no ano de 1997, em que o Ministro Relator, Celso de Mello, demonstrou seu entendimento no sentido de que “Os tratados ou convenções internacionais [...] situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias”.

Celso de Albuquerque Mello entende que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem *status* supraconstitucional. Verifica-se que a referida teoria não ganhou muitos adeptos por força da supremacia constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo esta obtendo, como objetivo, a máxima promoção dos direitos humanos fundamentais.

No que se refere à teoria mais utilizada pela doutrina de direitos humanos, verifica-se que Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli pronunciam seus respectivos entendimentos, de forma convergente, com o objetivo de promover a maior efetividade da aplicação do mecanismo do Controle de Convencionalidade.

A referida teoria doutrinária se fundamenta no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal que, como cláusula constitucional aberta, atribui um status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos independentemente da forma de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, independentemente do disposto no § 3º do mesmo artigo. Tal tese é corroborada pela previsão do artigo 4º, II, da Constituição Federal, que estabelece a prevalência dos direitos humanos. Estabelece, ademais, Flávia Piovesan que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Essa teoria possibilita a aplicação do controle de convencionalidade tendo como parâmetro qualquer tratado internacional que verse sobre direitos humanos, inclusive no que se refere às Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho.

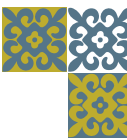
Para Mazzuoli, a forma da incorporação de determinado tratado internacional de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que se refere às Convenções Internacionais da OIT, tão somente define o enquadramento do referido tratado no status materialmente constitucional ou no status material e formalmente constitucional. Aplicando-se à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro enquadramento se relaciona com as normas não incorporadas de acordo com os ditames previstos no § 3º do artigo 5º da Constituição, enquanto o segundo enquadramento se relacionaria com as normas incorporadas conforme o referido procedimento.

A aplicação prática da referida diferenciação, ainda segundo o autor, é que no primeiro caso, os tratados internacionais de direitos humanos poderiam atuar como parâmetro somente na aplicação do controle de convencionalidade na sua modalidade difusa, enquanto no segundo caso os referidos tratados seriam integrantes do bloco de parâmetro para o controle de convencionalidade, tanto na modalidade difusa, quanto na sua forma concentrada.

Entretanto, o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal, definido em votação apertadíssima, é o defendido por Gilmar Mendes no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP pelo Supremo Tribunal Federal:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Quatro Ministros acompanharam esse entendimento, totalizando cinco votos, enquanto três votos acompanharam o entendimento do Ministro Celso de Mello, que modificou seu entendimento antigo proferido no ano de 1997, radicalmente, ao propor que sejam considerados os tratados internacionais de direitos humanos como possuidores de um status constitucional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, o voto vogal venceu o voto do Ministro Relator por cinco votos a quatro, o que evidencia a completa divergência sobre o tema.



O fato é que, para o Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, sendo estes anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 45/2004, possuem *status* de norma infraconstitucional e supralegal, nova hierarquia criada, quando não tenham sido incorporados conforme o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Deste modo, no entendimento do Supremo, somente são equivalentes às Emendas Constitucionais, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que tenham sido incorporados conforme o disposto no referido § 3º, o que atribui um status constitucional ao tratado.

O importante é que, independentemente da teoria aplicada no que se refere à hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o controle de convencionalidade já pode e deve ser aplicado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, conforme proferiu o Ministro Teori Zavascki em seu voto na ADI nº 5240, com relatoria do Ministro Luiz Fux, no ano de 2015, que estabelece:

Mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal.

Neste sentido, se a teoria proferida pela doutrina majoritária de direitos humanos e proposta pelo Ministro Celso de Mello fosse a aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, todas as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo país e em vigor seriam, de fato, parâmetro de controle de convencionalidade e do próprio bloco de constitucionalidade, possibilitando a adequação da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como da Reforma Trabalhista de forma mais facilitada, nítida e indiscutível.

Entretanto, do entendimento do Supremo Tribunal Federal depreende-se que nenhuma das Convenções Internacionais que tratam do Direito do Trabalho fazem parte do bloco de constitucionalidade ou até mesmo do parâmetro de controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este parâmetro limitado apenas ao Tratado Internacional de Nova York sobre Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados conforme o estabelecido no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Esse fator gera o questionamento no sentido de que: será que o Supremo decidiu a questão no sentido da melhor forma de promover os direitos humanos fundamentais?

De qualquer modo, mesmo com a aplicação desta teoria estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que todos os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil e em vigor no país, possuem status superior ao da Lei. Neste sentido, verifica-se que todas as Convenções Internacionais da OIT possuem caráter supralegal, o que já possibilita, de forma inquestionável, a aplicação do denominado controle de supralegalidade, devendo este ser promovido por qualquer Juiz ou Tribunal integrante da Justiça do Trabalho.

Verifica-se que já existem precedentes, na própria Justiça do Trabalho, da aplicação do controle das normas legais, o que demonstra um importante avanço no que se refere à proteção do direito humano fundamental ao trabalho. Vislumbra-se que o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384 na data de 24 de setembro de 2014, aplicou o controle de convencionalidade difuso, estabelecendo, de forma unânime, a inconveniência do artigo 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho por violar as Convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho. O referido parágrafo do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho previa que “§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.” Neste sentido é o voto do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão:

Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT.

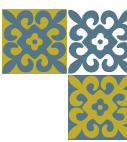
Deste modo, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho cumpriu o determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao proceder com a aplicação do controle de convencionalidade na modalidade difusa, promovendo, desta forma, a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Esse caso concreto evidencia a importância do citado mecanismo, sendo tutelado o próprio valor básico do trabalho.

Se o entendimento aplicado hoje fosse no sentido de que as Convenções Internacionais da OIT ostentassem status constitucional - como propunha o voto vencido do Supremo Tribunal Federal - no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, estes seriam parâmetro da aplicação do controle de convencionalidade tanto no que se refere ao modelo concentrado quanto no âmbito do modelo difuso.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal poderia e deveria declarar a inconveniência de determinado dispositivo legal trabalhista que contrariasse as Convenções Internacionais da OIT.

Esse fator possibilitaria a utilização de ações equivalentes às da teoria do controle de constitucionalidade, como uma espécie de Ação Direta de Inconveniência, Ação Declaratória de Convencionalidade, Ação Direta de Inconveniência por Omissão, dentre outras, justamente para verificar a convencionalidade de determinada legislação trabalhista ou de determinado ato normativo, tendo como parâmetro as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho no âmbito do modelo concentrado.

No que se refere à modalidade difusa do controle de convencionalidade, esta deve ser realizada da mesma forma que o controle de constitucionalidade difuso conceituado por Dirley da Cunha Júnior como aquele que, “é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como incidente dela, por qualquer juiz ou tribunal.”



Do mesmo modo, é possível conceituar o controle de convencionalidade em sua modalidade difusa como o controle das leis e atos normativos de determinado ordenamento jurídico, no âmbito incidental de determinada demanda judicial, a ser realizado e aplicado por qualquer Juiz ou Tribunal, tendo como parâmetros os tratados internacionais de direitos humanos ratificados no Brasil e em vigor no país, produzindo efeitos *inter partes*.

Neste sentido, estabelece Mazzuoli:

Portanto, o controle difuso de convencionalidade é aquele a ser exercido por todos os juízes e tribunais do País, a requerimento das partes ou *ex officio*. Uma vez que *todos* os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil guardam nível materialmente constitucional, constitui obrigação dos juízes e tribunais locais (inclusive do STF, v.g., quando decide um Recurso Extraordinário, um *Habeas Corpus* etc.) invalidar as leis internas – sempre quando *menos benéficas* que o tratado de direitos humanos em causa, em atenção ao princípio *pro homine* – que afrontam as normas internacionais de direitos humanos que o Brasil aceitou (por meio de *ratificação formal*) na órbita internacional. Nesse caso, também a exemplo do que ocorre no controle difuso de constitucionalidade, a decisão judicial que invalida uma lei interna em razão do comando de um tratado só produz efeitos *inter partes*, isto é, somente entre os atores participantes do caso concreto.

Entretanto, trabalhando-se com o que foi definido pelo Supremo Tribunal Federal, vislumbra-se que no âmbito do direito do trabalho deve ser aplicado o controle de supralegalidade, tendo como parâmetro as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, com a finalidade de promover da melhor forma o Direito Humano Fundamental ao Trabalho com o controle da legislação trabalhista.

Verifica-se a indiscutível possibilidade de aplicação da adequação das decisões Judiciais às Convenções Internacionais da OIT por força do disposto no artigo 5º, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal de 1988 que estabelece que o Poder Judiciário cumula a competência para efetuar o controle das decisões judiciais, quando estas sejam incompatíveis com o estabelecido nas referidas convenções, por meio do Recurso Especial, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, já se consolidou estabelecendo que os Estados Partes da Convenção Americana devem proceder com o controle de convencionalidade em sua modalidade difusa e concentrada, sendo dever dos Juízes e Tribunais a realização deste controle. Os casos denominados de “Case

of the Dismissed Congressional Employees (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru”, “Cabrera García e Montiel-Flores v. Mexico”, e “Gelman vs. Uruguai” ratificam o entendimento de que a referida adequação das disposições do ordenamento jurídico de determinado Estado é dever dos Juízes e Tribunais, que devem proceder com o referido controle até mesmo *ex officio*, inclusive no que se refere ao Direito do Trabalho nacional e internacional.

Além disso, Mazzuoli explicita que os Poderes Judiciários dos Estados Partes da Convenção Americana possuem o dever de realizar a aplicação do controle de convencionalidade. Explicita, ademais, que na hipótese de determinado Estado se recusar a aplicar o mecanismo, já estaria constituído motivo suficiente para ensejar a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos Direitos Humanos.

Conclui-se, portanto, que é dever dos Julgadores a realização da adequação das leis trabalhistas ao disposto nas Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, seja no âmbito do controle de convencionalidade, por força da teoria defendida pela doutrina majoritária, ou no que tange ao controle de suprallegalidade que pode e deve ser aplicado, de forma indiscutível, por força da supracitada decisão do Supremo Tribunal Federal, como já ocorrido no referido Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384. Com a finalidade da efetivação dos direitos trabalhistas, bem como do direito humano fundamental social ao trabalho, o Judiciário brasileiro deve promover as Convenções Internacionais da OIT como um verdadeiro parâmetro de controle.

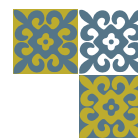
5. A Reforma Trabalhista e sua Possível Adequação às Convenções da Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho já elaborou 189 Convenções Internacionais, sendo que 96 já foram ratificadas pelo Brasil, não estando mais em vigor 16 destas. Verifica-se, portanto, que o controle das legislações trabalhistas, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, possui, como parâmetro, 80 convenções internacionais da OIT que atuam com a finalidade proteger o trabalhador e o direito ao trabalho.

Neste sentido, do mesmo modo que o Tribunal Superior do Trabalho aplicou o controle de convencionalidade ou, como entende o Supremo Tribunal Federal, de suprallegalidade, todos os Juízes ou Tribunais do trabalho, organizados pela Constituição Federal, tem o dever de aplicar a legislação trabalhista em conformidade com o disposto nas Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho que possuem caráter, segundo o Supremo, de norma suprallegal.

Mesmo anteriormente à elaboração da Reforma Trabalhista, já era evidente o fato de que a Legislação Trabalhista já poderia ser adequada às Convenções Internacionais da OIT. Entretanto, nunca houve, com relação ao Judiciário brasileiro, independentemente da matéria do direito, a tradição de se realizar a aplicação efetiva dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Um exemplo disso é justamente o ocorrido no caso da Denúncia da Convenção 158 da OIT na data de 20.11.1996. A referida convenção tratava do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e estabelecia, no artigo 4º:



Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

O referido artigo poderia ter sido utilizado como parâmetro de adequação de diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que preveem a dispensa sem justa causa ou a despedida arbitrária, fato tão comum nas relações de emprego brasileiras. Os artigos 147; 332, § 3º; 479; 499, § 2º; e 502, inciso II, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, trazem hipóteses relacionadas com a despedida sem justa causa.

Entretanto, o Decreto 2.100/1996, assinado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, denunciou a ratificação do Estado brasileiro no que se refere à Convenção 158 da OIT. Foi proposta, portanto, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.625), no ano de 1997 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, discutida pelo Supremo até o presente momento.

Já existe precedente no sentido da declaração incidental de inconstitucionalidade do referido decreto:

“INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (checks and balances) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF” (Arg Inc nº 0000570-31.2016.5.17.0000: acórdão referente à Súmula nº 42 disponibilizado no Caderno Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho nº 2153 às páginas 216/221, no dia 23 de janeiro de 2017, considerando-se publicado em 24 de janeiro de 2017).

Entretanto, o pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, neste ano, decidiu suspender os efeitos da súmula 42 do referido Tribunal. Verifica-se, portanto, a comum inefetividade dos diplomas internacionais de direitos humanos no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange, de forma específica, à Lei 13.467 de 2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, é importante que se verifique se suas disposições se encontram em conformidade com o estabelecido nas Convenções Internacionais da OIT ratificadas e em vigor no país.

Alguns pontos devem ser discutidos. Em primeira hipótese, verifica-se que, no momento em que a Convenção 158 da OIT estiver em vigor, se assim o Supremo entender, a depender da interpretação, poderia ser declarado inconveniente o artigo 477-A da Reforma Trabalhista que estabelece que “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”. Na hipótese da aplicação do controle de convencionalidade, verifica-se que o presente texto legal poderia contrariar as disposições do referido diploma supralegal.

Além disso, é necessário que se verifique o disposto no artigo 394-A que estabelece que a empregada gestante somente será afastada das atividades consideradas insalubres quando apresentar atestado de saúde, emitido por profissional da medicina, *in verbis*:

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.

Entretanto, em que pese não estejam mais em vigor as Convenções 3 e 4 da OIT que tratavam sobre a proteção da mulher no ambiente de trabalho, a convenção 155 que trata da segurança e saúde dos trabalhadores, ratificada pelo Brasil no ano de 1992 e em vigor no país estabelece no seu artigo 13:

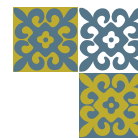
Em conformidade com a prática e as condições nacionais deverá ser protegido, de conseqüências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.

Ademais, estabelece o artigo 19, f, da mesma Convenção, que:

Art. 19 — Deverão ser adotadas disposições, em nível de empresa, em virtude das quais:

[...]

f) o trabalhador informará imediatamente o seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que, a seu ver e por motivos razoáveis,



envolva um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde; enquanto o empregador não tiver tomado medidas corretivas, se forem necessárias, não poderá exigir dos trabalhadores a sua volta a uma situação de trabalho onde exista, em caráter contínuo, um perigo grave ou iminente para sua vida ou sua saúde.

Neste sentido, verifica-se que todo o trabalhador que considerar necessário proceder com a interrupção por perigo grave para a sua vida ou saúde, havendo fatores perigosos ou insalubres no seu ambiente de trabalho, deve manter-se protegido de qualquer consequência injustificada. Percebe-se, ademais, que após a informação prestada pelo trabalhador, enquanto o empregador não tiver tomado medidas corretivas, não poderá exigir dos trabalhadores a continuação das atividades laborativas.

Portanto, na hipótese da aplicação do controle de convencionalidade no âmbito do direito do trabalho, poderia não ser correto o condicionamento do afastamento de empregadas gestantes de ambientes insalubres, sob pena de uma possível inadequação com o disposto na Convenção 155 da OIT, que protege o trabalhador que julgar o ambiente como prejudicial à sua saúde. Verifica-se que a aplicação da Convenção não se limita às gestantes, devendo ser aplicada a qualquer trabalhador, independentemente do seu gênero.

Vislumbra-se que a modificação que mais poderia contrariar o direito internacional do trabalho, bem como os direitos humanos, é, justamente, a que estabelece a prevalência do acordado sobre o legislado, que atribui à autonomia da vontade das partes força maior do que a própria legislação. Estabelece a Reforma Trabalhista:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

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

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Todavia, é certo que, no âmbito prático, as partes contratantes no direito coletivo do trabalho nem sempre se encontram, efetivamente, em patamar de igualdade.

É importante que todos os Juízes e Tribunais do Trabalho tenham a convicção de que no momento em que determinada negociação dispuser de forma contrária a determinada Convenção Internacional da OIT, esta deve ser interpretada conforme o que dispõe o tratado internacional, com a finalidade de impedir os desrespeitos aos direitos fundamentais e internacionais dos trabalhadores.

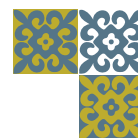
No que se refere à teoria dos direitos humanos, verifica-se que possibilitar que as partes negociem situações que reduzam direitos trabalhistas de modo inferior ao que dispõe a Lei ou aos tratados internacionais da OIT é, simplesmente, permitir que o consagrado princípio da proibição do retrocesso possa perder sua força.

Neste sentido, é necessário que todos os dispositivos legais trabalhistas, principalmente no que se refere aos textos da reforma de 2017, sejam interpretados conforme as Convenções Internacionais da OIT para que sejam efetivados os direitos trabalhistas e o direito humano e fundamental ao trabalho.

6. Conclusão

Por tudo quanto exposto e discutido na presente pesquisa, é possível concluir, principalmente, que o controle de convencionalidade é um importante mecanismo que pode e deve ser aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro e em especial no que se refere ao direito do trabalho, com o objetivo de promover a adequação das leis trabalhistas as que dispõem as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, tratados que versam sobre direitos humanos.

Primeiramente, para que fosse verificada a aplicação do controle de convencionalidade para efetivação do direito ao trabalho digno, foi necessário investigar o trabalho como um direito humano, bem como um direito fundamental, procedendo-se com a delimitação da expressão trabalho. Foi possível concluir, portanto, que o direito ao trabalho é um valor dos mais básicos da vida humana, sendo este previsto na Constituição Federal,



bem como nos diplomas internacionais elaborados pela Organização Internacional do Trabalho, sendo, portanto, um verdadeiro direito humano fundamental.

Posteriormente, foi possível concluir que o mecanismo do controle de convencionalidade é uma ferramenta importante para a efetivação dos direitos humanos fundamentais no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como na grande maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados latino-americanos.

Neste sentido, foi realizado o estudo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro, verificando-se quatro teorias que divergem em seus entendimentos, sendo possível identificar que duas destas ainda possuem muita força no âmbito das discussões doutrinárias. A partir disso, foi possível verificar que as Convenções Internacionais da OIT são, no ordenamento jurídico brasileiro, verdadeiros parâmetros de controle de convencionalidade, se utilizada a teoria majoritária da doutrina de direitos humanos, ou de suprallegalidade, utilizando-se a teoria predominante no Supremo Tribunal Federal, sendo clara, portanto, a possibilidade da adequação das leis trabalhistas ao quanto disposto pelos referidos tratados internacionais.

Por fim, alguns pontos da Reforma Trabalhista foram discutidos como possíveis objetos do controle de convencionalidade, para que se verifique a aplicação prática do instituto como mecanismo efetivador do direito ao trabalho digno.

Conclui-se, deste modo, pela possibilidade e necessidade da aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade (ou suprallegalidade) no âmbito do direito do trabalho brasileiro, de forma difusa ou concreta, obrigatoriamente, por todo Juiz singular ou Tribunal, com a finalidade de adequar as legislações trabalhistas às normativas das Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, justamente para que sejam efetivados os direitos humanos fundamentais dos trabalhadores.

7. Referências

ABBOUD, Georges. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/33795570/Controle_de_convencionalidade_e_direitos_fundamentais>

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los Desafios del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para los Tribunales Nacionales, y su Diferenciación con el Control de Constitucionalidad. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELAUNDE, Domingo Garcia. MANCHEGO, José Felix Palomino. El Control de Convencionalidad en el Perú. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marioni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Thiago Carvalho. Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 29 de out. de 2016.

_____. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> acesso em 22 de setembro de 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 22 de setembro de 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> acesso em 22 de setembro de 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> acesso em 22 de setembro de 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> acesso em 22 de setembro de 2017. Artigo 133 da Constituição de 1967.

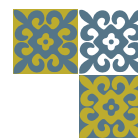
_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> acesso em 22 de setembro de 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> acesso em 22 de setembro de 2017.

_____. Lei 13.467/17. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm> acesso em: 10 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5240, Relator Ministro Luiz Fux, 2015, Processo Eletrônico Dje-018 Divulgado 29-01-2016 Publicado 01-02-2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Melo ADI 1480 MC / DF, 1997.



_____. Supremo Tribunal Federal. CR 8279 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042). Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279%2E+OU+8279%2EACMS%2E%29HYPERLINK “http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279.NUME.+OU+8279.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736”&HYPERLINK “http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279.NUME.+OU+8279.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736”base=baseAcordaosHYPERLINK “http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279.NUME.+OU+8279.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736”&HYPERLINK “http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279.NUME.+OU+8279.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736”url=http://tinyurl.com/zqxf736](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279%2E+OU+8279%2EACMS%2E%29HYPERLINK%20%22http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279.NUME.+OU+8279.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736%22&HYPERLINK%20%22http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279.NUME.+OU+8279.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736%22)> acesso em: 30 de out. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Celso de Melo. HC 87.585/TO, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO, RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785%2E+OU+79785%2EACMS%2E%29HYPERLINK “http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785.NUME.+OU+79785.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozsk”&HYPERLINK “http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785.NUME.+OU+79785.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozsk”base=baseAcordaosHYPERLINK “http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785.NUME.+OU+79785.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozsk”&HYPERLINK “http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785.NUME.+OU+79785.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozsk”url=http://tinyurl.com/zaozsk](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785%2E+OU+79785%2EACMS%2E%29HYPERLINK%20%22http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785.NUME.+OU+79785.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozsk%22&HYPERLINK%20%22http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785.NUME.+OU+79785.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozsk%22)> acesso em: 28 de out. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Gilmar Mendes. Voto Vogal do Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343-SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> acesso em: 15 de out. de 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384, data de 24 de setembro de 2014. Voto do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. Disponível em: <<http://www.trt17.jus.br/principal/comunicacao/noticias/conteudo/934-trt-es-suspende-efeitos-da-sumula-42>> acesso em: 23 de setembro de 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. Disponível em: <<http://www.trtes.jus.br/principal/atividade-judiciaria/jurisprudencia/sumulas>> acesso em: 23 de setembro de 2017.

_____. Decreto nº 2.100 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm> acesso em: 23 de setembro de 2017.

CAIRO JÚNIOR, José. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1999.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS. Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. Conseil Constitutionnel Français. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>> acesso em: 10 de ago. de 2016.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 32, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. A Natureza Material Dos Direitos Fundamentais. 2015. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.>> acesso em: 23 de outubro de 2016.

_____. Entrevista concedida a Matheus Lins Rocha na data de 31 de agosto de 2016.

DANTAS, Miguel Calmon. Direito à Constitucionalização de Direitos. Direitos Constitucionalizados/coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

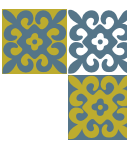
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GALLICCHIO, Eduardo G. Esteva. El Control de Convencionalidad en Uruguay. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUERRA, Sidney. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade. São Paulo: Atlas, 2013.

I/A COURT H.R. Caso Gelman Vs. Uruguai - Sentença De 24 De Fevereiro De 2011.

_____. Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>> acesso em: 15 de set. de 2016.



_____. Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf> acesso em 22 de set. de 2016.

_____. Case of Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>. acesso em: 20 de set. de 2016.

_____. Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101.

_____. Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No. 158. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>> acesso em: 18 de set. de 2016.

_____. Site: <http://www.corteidh.or.cr/>, acesso em 16 de setembro de 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad el Nuevo Paradigma Para el Juez Mexicano. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARINONI, Luis Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

_____. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Curso de Direito internacional Público. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O 2º do art. 5º da Constituição Federal, in TORRES, Ricardo Lobo [org.], Teoria dos Direitos Fundamentais, 2.ª ed., Rio de Janeiro,: Renovar, 2001, pp. 01-29.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Tradução da edição portuguesa.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY, Nelson Jr. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. Manual de Direitos Humanos. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 155. Disponível em: < http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm> acesso em: 23 de setembro de 2017.

_____. Convenção 158. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm> acesso em: 23 de setembro de 2017.

_____. Constituição da OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf> acesso na data de 23 de setembro de 2017.

_____. Convenções não ratificadas <<http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>> acesso em: 23 de setembro de 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito ao Trabalho. Direitos Constitucionalizados / coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEIXOTO, Geovane de Mori. Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2013.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

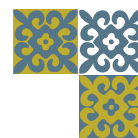
PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre jurisdições. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Temas de direitos humanos. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Li-



monad, 1996.

PIZZOLO, Calogero. Control de Convencionalidad y su Recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO. Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES. André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

De volta ao positivismo: a nova diretriz hermenêutica da CLT *vintage*

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale¹

Resumo: Este trabalho analisa a involução hermenêutica realizada pela reforma trabalhista, sobretudo pela nova redação dada ao artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que refuta a capacidade interpretativa do Juiz do Trabalho e ignora o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Palavras-chave: Ativismo judicial – pós-positivismo - reforma trabalhista - artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sumário: 1. Introdução – 2. A atividade criativa do Juiz no contexto pós-positivista: notas introdutórias. 2.1. Da escola de exegese à jurisprudência dos interesses. 2.2. A chegada da jurisprudência dos valores. 2.3. Normatividade dos princípios no contexto do Pós-positivismo. 2.4. A tentativa de amordaçamento do Poder Judiciário trabalhista por meio da Reforma. - 3. Conclusão – 4. Referências.

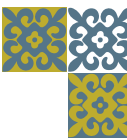
1. Introdução

A fim de “modernizar” as normas trabalhistas, a Lei n. 13.467/17, publicada em 13 de julho de 2017, trouxe diversas inovações no Direito do Trabalho brasileiro, sobretudo na atividade interpretativa dos Juízes. Este artigo intenta trazer uma reflexão crítica à norma que modificou tão profundamente as regras que regem a integração do Direito do Trabalho e a hermenêutica realizada pelo Poder Judiciário trabalhista, analisando o novo artigo oitavo da Consolidação das Leis do Trabalho à luz da filosofia do Direito, da história do Direito do Trabalho e da Constituição vigente.

2. A atividade criativa do Juiz no contexto pós-positivista: notas introdutórias

Durante o curto tempo em que o PL n. 6.787/16 tramitou na Câmara do Deputados, posteriormente transformado no PLC n.38/17, duras críticas foram lançadas contra o Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula da hierarquia destinada à Justiça do Trabalho, argumentando os entusiastas da “Reforma” que as normas trabalhistas precisavam ser modificadas com urgência por diversos motivos, sempre havendo destaque para a assim denominada “atividade legislativa do TST”, que, de fato redundou na aprovação do

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutoranda pela PUC/SP, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012-). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora da Obra “Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil”, pela LTr, ex-professora substituta da UFRN.



novo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, passando este a partir de novembro a contar com os seguintes parágrafos: § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho; § 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; § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.”

Ignorando a ordem cronológica trazida pelo Legislador, propõe-se analisar inicialmente o parágrafo segundo do referido dispositivo legal, por se acreditar que a premissa estabelecida pela hermenêutica pós-positivista já levará o leitor a também refletir sobre a redação do novo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho nesse mesmo contexto.

Nesse trilhar, propõe-se antes de mais, a análise sobre se os tribunais superiores brasileiros, de fato, “legislam” ou, simplesmente, julgam. É evidente que a análise de todos os julgados se revela insustentável para esse espaço, por isso pretende-se averiguar apenas alguns julgados já consolidados do Supremo Tribunal Federal, bem assim verbetes sumulares do Tribunal Superior do Trabalho.

Inicia-se pela jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e a ausência de normas para fundamentar o uso de algemas, tendo-se que a referida Corte possui súmula vinculante de número 11, assim estabelecida:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado².

Percebe-se claramente pelo teor literal da indigitada súmula, que o Supremo Tribunal Federal criou critérios para o uso de algemas (somente em casos de resistência), com conceito jurídico indeterminado (fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia), estabelecendo formalidade não prevista formalmente em lei (justificada a excepcionalidade por escrito), inclusive considerando ilícito administrativo, civil e penal, passível de punição (sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado). Tais critérios não constam de qualquer lei expressamente positivada, mas a Corte Maior, em sua constituição plenária, ao analisar e julgar o HC 91952, com decisão publicada no DJe de 19/12/2008, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, invocou os princípios da não-culpabilidade e que do princípio

² Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em 08/08/2017.

do Estado Democrático decorre “o inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade”, que igualmente encerra conteúdo principiológico.

É dizer, o Supremo Tribunal Federal, ao resolver um caso concreto que deu origem à súmula vinculante, a partir da interpretação de princípios e sopesamento destes, criou regra de formalidade inexistente até então.

Em 2011 os ministros do Excelsa Corte, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O relator das ações, Ministro Ayres Britto, argumentando que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Percebe-se, assim, que invocando o princípio da não discriminação, a Suprema Corte acresceu significado ao artigo do Código Civil.

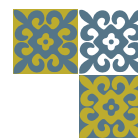
No julgamento da ADPF n. 54, igualmente com a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o aborto de feto anencéfalo não é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

Inicialmente se lê na aludida decisão que o Estado brasileiro é laico, sendo, portanto, impermeável aos argumentos religiosos. Concluindo seu voto, o Min. Marco Aurélio consignou importantes entendimentos, que nortearam oito dos ministros votantes da Corte: “está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres”³.

Ou seja, a partir do indigitado julgado, a Suprema Corte descriminalizou a hipótese de aborto de feto anencéfalo, também sem previsão em norma estatuída pelo Legislador.

Por seu turno, a súmula Súmula nº 372 do TST, vigente desde 2005, prevê que “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”. Indigitado verbete demonstra, outrossim, como o Tribunal Superior do Trabalho, invocando princípios, estabelece obrigações não previstas expressamente na legislação.

³ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em 08/08/2017.



Igualmente infere-se da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho que “presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”, em franca homenagem ao princípio da não discriminação.

Retorna-se, agora, ao primeiro ponto de reflexão: um juiz ou uma corte de juízes pode, no exercício da jurisdição, estabelecer critérios, acrescentar texto legal ou, simplesmente, inovar texto legislativo, sem receber autorização expressa do Estado-Legislador? A resposta para essa pergunta passa necessariamente pela análise das principais escolas hermenêuticas e como o exercício da jurisdição é complexo em um contexto hermenêutico pós-positivista.

2.1 Da escola de exegese à jurisprudência dos interesses

A chegada do Estado Liberal, estimulada pelos ventos soprados pelo iluminismo, redundou no declínio do jusnaturalismo e a eclosão do positivismo, movimento estimulador de diversas escolas hermenêuticas do Século XIX e primeira metade do Século XX, que enaltecia o Estado-Legislador, pregando, em síntese, que o Direito era uma ciência hermeticamente fechada, impermeável aos valores e à moral.

A racionalidade liberal, que estimulava a superioridade da Legislação ordinária, esta inquestionável à luz da Constituição, subordinava o Estado-Juiz ao Estado-Legislador, tendo-se que ao Poder Judiciário somente era dado agir de forma silogística, aplicando a lei aos casos concretos. As discussões acerca da moral e da ética interessavam somente à filosofia.

A era de ouro das codificações se inicia com o Código de Napoleão, em 1804, que, do nascimento à morte, da aquisição de bens à herança, intentava regulamentar todas as relações sociais através de pactuação entre pessoas “livres” e “iguais”.

Após a Revolução Francesa de 1789, a França, extremamente guiada pelos interesses da classe emergente burguesa, almejava ter um Direito nacional para regulamentar as relações sociais e justificar através do Direito toda a racionalidade liberal, daí a importância do Código Civil francês, que, fortemente racionalista, influencia outros países europeus de tradição romanística, a exemplo da Alemanha. Nesse contexto, surge a Escola da Exegese, que tinha como escopo interpretar o Código Civil francês também de uma maneira nacional, ou seja, somente o Código napoleônico, máxime no tocante à exegese do texto legal. A fórmula aglutinativa Código Civil napoleônico com a Escola de Exegese, intentava obter o controle social e político por meio da legislação, fechando qualquer possibilidade de questionamento que desbordasse dos herméticos limites interpretativos da referida Escola positivista.

A codificação dos direitos naturais no início do Século XIX redundou na virada do jusnaturalismo, que passou a ser, então, guiado pela razão. Esse movimento modificativo foi fundamental para retirar dos direitos naturais a condição revolucionária, deixando-os conservadores e, agora, imóveis, presos ao texto legal.

A Escola de Exegese pregava a completude do Direito, este entendido como tudo que redundava da atividade do Legislador. É dizer, o Direito não continha lacunas, a lei sim; e esta poderia ser suprida pela própria atividade do Estado-Legislador, único responsável por pinçar e reconhecer os valores existentes na sociedade francesa. Em uma frase poder-se-ia afirmar que a aludida Escola, igualmente conhecida como Escola Racionalista ou Legalista, tinha como lógica a certeza de que o Direito somente se revelava por meio da Lei, guiada por uma interpretação gramatical e histórica.

Imperava a ideia da segurança jurídica, na qual o intérprete deveria renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se tão somente a tornar explícito, por intermédio de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já estava implicitamente previsto na lei. Ao juiz era destinada a missão de ser *la bouche qui prononce les paroles de la loi*⁴.

Bobbio⁵ destaca os cinco pilares fundamentais da escola da exegese, tendo-se o tratado de Bonnacase⁶: a) inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; b) concepção rigidamente estatal do direito, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele.; c) a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; d) o culto do texto da lei; e) o respeito ao princípio da autoridade.

A Alemanha, ainda não unificada, igualmente necessitava de um Direito Nacional para servir de fio condutor regulatório das regiões e, como neste país não havia Código Civil no Século XIX, surge a Escola Pandectista, que busca nas *pandectas*, a segunda parte do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, a interpretação civil, desvelando posteriormente duas Escolas hermenêuticas extremamente importantes: a dos conceitos e a dos interesses.

A assim denominada Jurisprudência dos conceitos, que, em linhas gerais, buscava interpretar o Direito por meio da criação de um sistema de conceitos devidamente organizado sob a lógica piramidal, teve em Puchta o seu principal expoente, para quem, segundo Larenz, “com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no sentido de uma pirâmide de conceitos”⁷, seguindo uma racionalidade formal.

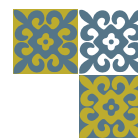
A ideia de Puchta poderia ser assim resumida: cada conceito superior autoriza certas afirmações; por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior. A “genealogia dos conceitos ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através de seu conteúdo”, sendo o seu conteúdo encontrado na

⁴ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. 6., 1748. No texto em português (O espírito das Leis. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 176): “Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

⁵ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 70.

⁶ Que, segundo o referido autor, chegou a afirmar certa feita: “eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão”.

⁷ Op. cit., p. 21.



filosofia do Direito. Ou, em outras palavras, “a construção dedutiva do sistema depende absolutamente da pressuposição de um conceito fundamental determinado quando o seu conteúdo”, conceito que não é, por seu turno, “inferido do Direito positivo, mas dado previamente pela filosofia do Direito”⁸.

No dizer de Larenz⁹, esse processo lógico-dedutivo trazido pela jurisprudência dos conceitos, que somente se preocupava com construções conceituais abstratas, preparava o terreno para o formalismo jurídico que viria prevalecer durante mais de um século, fazendo com que a ciência jurídica ignorasse a realidade social, política e moral do Direito.

Nelson Saldanha, citado por Guerra Filho¹⁰, esclarece que a ciência jurídica e seu legalismo, nessa fase positivista, mostram forte comprometimento com o Estado liberal e o capitalismo burgueses, tendo-se que os conceitos centrais dessa ciência, como os de autonomia privada, direito subjetivo, propriedade individual, relação jurídica, liberdade contratual, vieram ao encontro dos interesses particulares da classe empresarial emergente, ajudando a romper com o imobilismo das sociedades tradicionais, com sua organização profissional corporativista.

Sem embargo, a ciência do Direito e, por conseguinte, a hermenêutica positivista vigorante na primeira metade do Século XIX, que vislumbrava como seu maior contributo a aplicação fiel das fontes jurídicas romanas, dando-lhes validade em um sistema que conceitos que se mostrava inquestionável, não “podia corresponder às exigências de uma prática do Direito que diuturnamente era colocada perante problemas a que aquelas fontes não conseguiam dar uma resposta satisfatória”¹¹.

Para Jhering, grande pensador da Escola dos conceitos, a realidade que preconizava como dogma jurídico a plena autonomia da vontade, não foi ignorada, tanto que, já em fase mais madura, em 1877, o referido filósofo publica “A finalidade no Direito”, propondo uma leitura econômica do Direito e da ordem social, substituindo o paradigma preponderante da “vontade”, pelas figuras do “interesse” e da “coação social” para sua observância. Afirma Guerra Filho, que “sem ter a clara percepção disso, Jhering posiciona-se francamente contra o individualismo e a favor do socialismo, sem deixar, porém, de fazer o registro de que este também pode levar ao exagero”¹², quando sobrepõe a dimensão social da vida humana em detrimento da individual.

Os escritos da maturidade, que trouxeram Jhering para uma jurisprudência pragmática, figuraram como o início do que mais adiante se denominou jurisprudência dos interesses, que tem em Philipp Heck o seu maior representante. À medida que a jurisprudência dos conceitos impunha um escalonamento hermético de conceitos jurídicos,

⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, p.23.

⁹ Op. cit., p. 25-26.

¹⁰ GUERRA FILHO. Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. Colaborador: Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

¹¹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, p.50-51.

¹² Op. cit. p. 69.

promovendo o primado da lógica no trabalho científico do Direito, impedindo qualquer interpretação do Estado-Juiz que desbordasse do silogismo, a jurisprudência dos interesses, tende, ao revés, “para o primado da pesquisa vital e da valoração vital”¹³.

A síntese trazida por Larenz merece transcrição literal:

a Jurisprudência dos interesses considera o Direito como tutela de interesses. Significa isto que os preceitos legislativos - que também para Heck constituem essencialmente o Direito - não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses. As leis são as resultantes dos interesses da ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento. Na tomada de consciência disto, garante-nos Heck, reside ‘o cerne da Jurisprudência dos interesses, sendo também daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de ‘conhecer com rigor, historicamente, os interesses que assim se descobriam’. Deste modo, também para Heck, como para Jhering, o legislador como pessoa vem a ser substituído pelas forças sociais, aqui chamadas ‘interesses’ (o que é justamente uma forma de sublimação), que, através dele, obtiveram prevalência na lei. O centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os fatores causais motivantes. A interpretação, reclama Heck, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, aos interesses que foram causais para a lei. O legislador aparece simplesmente como um transformador, não sendo já para Heck nada mais do que a designação englobante dos interesses causais.

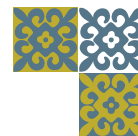
Percebe-se, assim, que mesmo sem quebrar verdadeiramente os dogmas do positivismo, Heck exorta o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei, abrindo caminho para o que mais tarde se chamaria de Jurisprudência dos valores, vez que nesta “os interesses são transmutados em valores, consagrados em princípios jurídicos, positivados, em geral, na Constituição”¹⁴.

2.2 A chegada da jurisprudência dos valores

A transmutação do Estado liberal para o Social trouxe à reboque o ajustamento da lente por onde eram enxergados os direitos fundamentais, tendo-se que também os particulares passaram a ser tidos como destinatários de tais direitos. A grande desigualdade criada pelo capitalismo sem rédeas sociais, desvelou à sociedade do final do Século XIX quão assimétrica era a relação de emprego com o afastamento do Estado e como, de modo geral, a ideia absenteísta estabelecida pelo liberalismo estatal, somada à interpretação positivista do Direito posto, serviam tão somente para manutenção do *status quo* e legitimação das desigualdades. Daí porque a partir da segunda metade do Século XX se inicia uma nova hermenêutica constitucional, atribuindo imperatividade e supremacia

¹³ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, p.57.

¹⁴ GUERRA FILHO. Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. Colaborador: Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.



às normas constitucionais fundamentais, que passariam, a partir de então, a vincular os particulares, irradiando-se nas relações privadas e todas a áreas do Direito.

Leciona Pérez Luño que a partir da teoria da integração de Rudolf Smend, ainda sob a égide da Constituição de Weimar, iniciou-se a virada na jurisprudência para o que viria posteriormente ser denominada de Jurisprudência de valores. Segundo o autor, Smend sedimentou uma “*interpretación axiológica de los derechos fundamentales, al asignar al conjunto de los derechos y libertades básicos proclamados por la Consitución weimariana una función integradora e inspiradora de todo el orden jurídico-político estatal*”. Prossegue Luño, sintetizando a ideia, para afirmar que “*los derechos fundamentales cumplen su función integradora al sistematizar el contenido exiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento*”, mas ao mesmo tempo, os direitos fundamentais “*constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e insituiciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar*”¹⁵.

No dizer de Roca, a característica mais importante da Teoria da Integração, também conhecida como Científico-Espiritual, é idealizar o Estado e a Constituição como realidades espirituais em transformação incessante, repelindo qualquer reducionismo metodológico, admitindo-se, que a realidade estatal do Direito é arraigada na sua positivação, emanando daí o Estado como ser espiritual dinâmico¹⁶. Com essa nova proposta hermenêutica, buscava-se amenizar tendências excessivamente positivistas no direito público, ressaltando a relevância do espírito e da cultura com o escopo de comprovar as conexões existentes entre os valores da sociedade e a Ciência do Direito, lançando um método que integrasse a realidade social e o ordenamento jurídico.

Esses influxos doutrinários foram fundamentais para a aposição da Constituição como eixo axiológico principal do Estado alemão e estimularam a chegada de um novo viés jurisprudencial constitucional, somente possível sob a égide da Constituição de Bonn, de 1949, devidamente interpretada pelo novo Tribunal Constitucional Federal de 1951. Nesse trilhar, a matriz jurisprudencial inovadora deita raízes no multicitado *Caso Lüt*, com decisão publicada em 15/01/1958. *Veit Harlan*, uma antiga celebridade e diretor da película “Amantes Imortais” (1941), que incitava fortemente a violência contra o povo judeu, foi vítima de um boicote organizado por *Erich Lüth*, à época crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, tendo este conclamado todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem assim o público em geral, ao boicote do filme lançado, à época, por *Harlan*. Este, juntamente com os parceiros comerciais, ajuizaram uma ação cominatória em face de *Erich Lüth*, alicerçando-se no § 826 BGB, dispositivo da lei civil alemã que obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa, sob cominação de uma pena pecuniária. Indigitada ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo e em face desta decisão foi interposto recurso de apelação ao Tribunal Superior de Hamburgo e, simultaneamente, Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal, alegando-se

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 298.

¹⁶ ROCA, Javier Garcia. *Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Revista e estudios políticos, Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1998, p. 271.

violação ao direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo artigo 5 I 1 GG.¹⁷

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os direitos fundamentais, a despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos¹⁸ de uma comunidade e, como tais, se espraiam por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, bem assim os particulares.

O Tribunal Constitucional Federal acresceu à clássica tese dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade, a racionalidade segundo a qual os direitos fundamentais também figuram como um sistema de valores, ou uma ordem objetiva de valores¹⁹ e a partir de tal concepção formou-se o fundamento para a eficácia irradiante dos direitos fundamentais em relação a todos os âmbitos do direito, os direitos fundamentais como direitos à proteção, e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares ou privadas. No dizer de Steinmetz, a teoria da dupla dimensão é “a construção teórico-dogmática mais fértil e útil do Tribunal Constitucional Federal alemão em matéria de dos direitos fundamentais”²⁰.

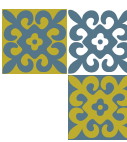
Sobre o papel de protagonista que o Estado-Juiz passa a desempenhar no Segundo Pós-Guerra, Wilhel Sauer, citado por Larenz, afirma que o julgamento jurídico é emitido sobre um fato da vida concreto, embora típico, de acordo com as normas gerais, para a maior realização possível da lei fundamental do bem comum, em direção à Justiça. Procura, pois, não verificar um nexos do ponto de vista do ser, mas sim medir a situação de fato com as normas existentes, para deste modo a orientar segundo um critério ou valor válido em últimas instâncias e assim a conformar. É dizer, os valores são reguladores, “não são objetivos concretos da vida e da atividade, mas constituem padrões abstratos pelos

¹⁷ SCHWABE. Jügen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

¹⁸ No dizer de Pérez Luño (Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 1984. p. 21): “en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: em el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que em el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.

¹⁹ Não é exagero afirmar que a partir desta decisão foi instalada o que se denominou “jurisprudência de valores”, ou jurisprudência axiológica.

²⁰ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.



quais não de ser aferidos e orientados na vida todos os fenômenos dentro dos domínios da cultura que lhes dizem respeito”²¹.

Na doutrina de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”, pois, eles “valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”²². É dizer, os direitos fundamentais são valores pertencentes à comunidade e formalizados em texto constitucional. Ou, nas palavras de Hesse, sem abandonar a aceção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, a ideia de daqueles direitos como ordem objetiva estatui “uma relação de complemento e fortalecimento recíproco”²³.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopesamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser – como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo –, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom – como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito²⁴.

A criativa e avançada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de “frouxo”, argumentando que:

ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários²⁵.

²¹ Op. cit., p.117.

²² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 109.

²³ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, p. 239, 1998. Título original, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ed, 1995.

²⁴ Op. cit., p. 144 e ss.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003, p. 231.

Notícia Steinmetz²⁶ que a teoria axiológico-sistêmica também encontrou na doutrina de Forsthoff grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, “a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica”, tornando “inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o caráter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso”.

Isso também é relatado por Pérez Luño, dando conta este autor que para Forsthoff quando a interpretação dos direitos fundamentais deixa de ser uma atividade jurídica baseada em normas, para converter-se em uma tarefa filosófica de intuição de valores, o próprio processo interpretativo perde sua racionalidade e evidência e ameaça a própria certeza da Constituição²⁷.

Com essa virada hermenêutica que colocou a Constituição no centro do ordenamento jurídico, atribuindo carga axiológica aos direitos fundamentais, que se irradiam para todas as esferas da sociedade e vinculam indistintamente poderes estatais e particulares, é esperado que juristas de formação mais positivista, até muitas vezes por tradição, resistam aos novos influxos interpretativos, pois *“toda cultura tiene a ofrecer resistencia a aquello que lhe é alheio, procurando assim perpetuar seus modelos operativos”*. Daí porque a cultura jurídica tradicional atrelada a um método interpretativo guiado pela lógica da subsunção e do silogismo, se veja desorientada ao ter que projetar seus métodos interpretativos e as disposições constitucionais, enunciadas em termos mais gerais e amplos para conseguir a máxima força expansiva das normas²⁸.

Aderindo-se às palavras de Sarmiento, “não se afigura necessária a adesão” à teoria da ordem de valores para “aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, e para o reconhecimento dos três efeitos práticos mais importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a teoria dos deveres estatais de proteção e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁹.

2.3 Normatividade dos princípios no contexto do Pós-positivismo

Após a Segunda guerra mundial, com todas as mudanças legislativas comprometidas com o combate às ideias que estimularam o Holocausto, sobretudo pelo reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, conforme visto ao norte, o Direito já não cabia mais nos ideais positivistas, sobretudo na certeza de neutralidade da lei e interpretação meramente silogística do Estado-juiz.

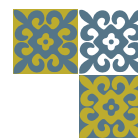
Todavia, o discurso científico obtivera sucesso entre os estudiosos, tanto que, a despeito da discussão de retorno aos valores, não se desejava a volta pura e simples ao jusnaturalismo. Como o Direito não funciona exclusivamente no sistema binário, sendo capaz

²⁶ Op. cit., p. 107-108.

²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 284.

²⁸ Idem, p. 285.

²⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006, p. 123.



de se reinventar pelos influxos interpretativos, a hermenêutica evoluiu para uma solução intermediária, que assimilasse os valores, por vezes até codificados, sem o retorno aos fundamentos abstratos e metafísicos do jusnaturalismo puro. Nesse trilhar, o pós-positivismo não emerge “com o epíteto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”³⁰.

A partir da proposta de perceber o Direito sob um viés não positivista, Ronald Dworkin, elabora uma percuciente tese, e em 1977 publica *taking rights seriously*, obra que ganha importância mundial, afirmando que “casos difíceis” normalmente não logram ser resolvidos sob a lógica das regras, estas aplicáveis “à maneira do tudo-ou-nada”. Pois, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Já os princípios “possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância”. Assim, “quando os princípios se entrecruzam, (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”³¹.

Essa seria, então, a grande novidade. Os princípios sempre existiram, desde a filosofia grega, passando pelo jusnaturalismo e até mesmo durante o positivismo, com a formalização codificada. A originalidade da tese de Dworkin consiste em trazer normatividade aos princípios, o que também, em outras palavras, já tinha sido tratado no aludido *Caso Lüth*.

Pouco tempo depois, foi a vez de Robert Alexy afirmar categoricamente em sua *Theorie der Grundrechte* que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Princípios são “tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”³².

Mais adiante Alexy, esclarece que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”³³.

No pensamento de ambos os juristas há um ponto em comum: a certeza da normatividade dos princípios e a inexistência de distinção qualitativa entre ambos.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Direito constitucional brasileiro. Perspectivas e controvérsias contemporâneas. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coordenadoras), p. 27-66.

³¹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.39-43.

³² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

³³ Op. cit. p. 90.

A normatividade dos princípios ganha, a partir dessa construção doutrinária, importância ímpar nos julgados das cortes guiadas pelo sistema anglo-saxão ou romano-germânico.

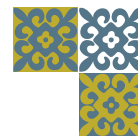
Já em 1994, o Supremo Tribunal Federal, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana, liberou réu de se submeter a exame de DNA em ação de investigação de paternidade³⁴, de forma que quando a lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009 foi publicada, assimilou-se a decisão da Corte Superior, não havendo imposição legal para que o réu forneça material genético para o referido exame.

Alhures já se fez referência ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, fazendo com que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editasse a Resolução n. 175/2013, que obrigou os cartórios a realizarem casamento entre casais do mesmo sexo. Por seu turno, tramita no Congresso Nacional projeto de Lei n. 612/2011, do Senado, que intenta legalizar a união entre pessoas do mesmo sexo, para todos os fins.

Percebe-se, assim, que o Estado-Legislator, quando exerce o seu mister, fá-lo observando o que normalmente já vem sendo debatido e resolvido pela jurisprudência, como já ocorreu com diversas alterações realizadas na Consolidação das Leis do Trabalho, a exemplo das horas itinerantes, que quando figuraram na Lei n. 10.243/2001, foram conduzidas à Legislação com teor literal da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho. O mesmo ocorreu quando o artigo 58, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho foi alterado pela mesma Lei referida, que absorveu o teor da súmula 366 do TST.

Diante desses singelos exemplos, percebe-se claramente que o argumento habitualmente desferido em desfavor da “atividade criativa” do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que este tribunal “legisla”, não possui respaldo. Isso porque não só o Tribunal Superior do Trabalho é criativo e “legisla”, mas também o Supremo Tribunal Federal ou mesmo o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que todos esses tribunais superiores do Brasil adotaram a ideia de que princípios são normas, sendo possível e até mesmo impositivo, em um contexto de hermenêutica jurisdicional pós-positivista, que tribunais atuem para dar concretização aos princípios. Tal acusação, como já aludido, é uma grande incompreensão do que é a função jurisdicional em um cenário para além do positivismo, pois, no dizer de Barroso “o pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade”. Tais valores “integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um contexto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete”, sendo certo que a decisão judicial “deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma

³⁴ STF, RTJ 165/902, HC 71.373-RS, Tribunal Pleno, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 10/11/1994: “Discrepa a não mais poder, de garantias constitucionais implícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.



interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral”³⁵.

Ou, em outras palavras, o intérprete “torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do Legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”³⁶.

2.4 A tentativa de amordaçamento do Poder Judiciário trabalhista por meio da Reforma

Lê-se do parágrafo primeiro do novo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, quando a redação original do mesmo dispositivo dispunha que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

É clara a tentativa do Estado-Legislator em fazer com que a principiologia própria do Direito do Trabalho não seja observada quando da importação de normas do Direito comum e a razão desse tipo de alteração legislativa certamente está na incompreensão de que o Direito do Trabalho é um ramo apartado do Direito Civil, com principiologia particular, fruto não de ato legislativo anterior, mas sim de grande respaldo histórico, fundado no reconhecimento estatal das lutas de classes presentes na sociedade, bem assim da desigualdade real entre empregados e empregadores. É dizer, o ato do Estado-Legislator não tem o condão de retirar toda essa construção doutrinário-filosófica firmada por séculos.

Ademais, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê em seu artigo 4º que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, assim como também estabelece no artigo 5º que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A tentativa do Estado-Legislator em encaixotar o Direito do Trabalho, diminuindo-o para que na aplicação do Direito comum sequer seja questionada a compatibilidade deste com a principiologia daquele, chega até a ser inocente, diante das regras referidas.

O Estado-Legislator parece ter tanto pavor da normatividade dos princípios no cenário pós-positivista, que omitiu deliberadamente a necessidade de se analisar a compatibilidade do Direito comum com os princípios próprios do Direito do Trabalho, mas tal desiderato igualmente se mostra inócuo quando se pensa que até o próprio Direito Civil foi constitucionalizado e absorveu o princípio da função social do contrato (art. 421 do CC), com sede constitucional no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988, que também informa a ordem social, sempre fundada na valorização do trabalho humano. Ou seja, ao mesmo tempo em que a Carta Maior³⁷ reconhece a livre iniciativa - e por conseguinte

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Direito constitucional brasileiro. Perspectivas e controvérsias contemporâneas. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coordenadoras), p. 27-66.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 333.

³⁷ CRFB/88. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os

a autonomia privada - como princípio, estatui que esta encontrará limitações na valorização do trabalho humano, na justiça social, devendo sempre ser observada a função social da propriedade e a busca do pleno emprego. Tal base principiológica foi amplamente absorvida pelo Código Civil de 2002 e ainda que isso não tivesse ocorrido, como já analisado ao norte, princípios são normas e, como tais, valem no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser ignorado sequer pelas entidades privadas, quicá pelo Estado-Legislador, razão por que a atuação deste no sentido de limitar a atividade hermenêutica do Estado-Juiz ao suprimir os princípios do “novo” artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho se revela inútil.

O Código Civil constitucionalizado também estatui em seu artigo 422, que todos os contratos devem se guiar pela boa-fé objetiva³⁸ e mais adiante ainda prevê a necessidade de observância do equilíbrio contratual entre as partes convenientes.

Igualmente previsto no Código Civil de 2002, o instituto da lesão, com sede legal no artigo 157, assegura que haverá defeito no negócio jurídico sempre que uma pessoa, sob premente necessidade, ou inexperiência, se obrigue a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação posta.

Poder-se-ia falar em outros princípios constitucionais que inspiraram o Estado-Legislador em 2002 quando da confecção do Código Civil, mas esses já são suficientes para perceber como a Legislação comum, historicamente guiada pela igualdade das partes e pelo *pacta sunt servanda*, se modernizou, internalizando princípios constitucionais protetivos, enquanto o Estado-Legislador de 2017 retrocedeu na Legislação social, historicamente guiada pela proteção ao hipossuficiente, diante da clara assimetria existente na relação capital-trabalho.

Uma outra tentativa clara de silenciamento do Poder Judiciário trabalhista consiste na redação do parágrafo segundo do artigo 8º: “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”.

seguintes princípios: I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

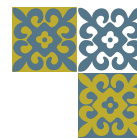
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. *passim*.



Ora, o que o Estado-Legislator entende por Lei? Certamente não são os princípios, já retirados do parágrafo primeiro do analisado artigo oitavo.

Retornamos à Escola da exegese, com o seu silogismo?

É evidente que o Estado-Legislator não pode, até porque é guiado pelas normas constitucionais, impedir que o Estado-Juiz deixe de interpretar amplamente e utilize princípios como normas. Já ultrapassamos essas discussões há algum tempo, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988, extremamente avançada socialmente e que contempla não só princípios específicos para o cidadão trabalhador, mas também para o cidadão em geral, sendo certo, inclusive, que princípios como liberdade, privacidade, devido processo legal, igualdade, presunção de inocência, valem também na relação de emprego como direitos laborais inespecíficos³⁹.

Nunca é demais invocar Alexy, para quem princípios são “*mandamentos de otimização, caracterizado por poderem ser satisfeitos em graus variados*”⁴⁰ e isso significa que tais devem ser utilizados na maior medida possível, servindo a atividade do Estado-Legislator no sentido de limitar a atuação judicial para nada, já que se vivencia na atualidade um contexto pós-positivista.

Certamente que o Estado-Legislator, guiado pelos argumentos sempre lançados em desfavor do Poder Judiciário trabalhista, no sentido de que este ramo judicial “legisla”, resolveu tolher a atribuição hermenêutica dos juízes especializados. Simples assim. Todavia, se crítica há e se esta é pertinente, essa atividade criativa não se deve somente ao Tribunal Superior do Trabalho ou aos órgãos da Justiça do Trabalho, conforme já analisado. Cumprir o que foi determinado pelo Legislador de 2017 é retroceder ao início do Século XIX, para a Escola de exegese, e permitir que somente o Poder Judiciário trabalhista não possa utilizar princípios como normas, julgando, assim, de forma meramente silogística. Agir de modo a apenas cumprir a “Lei” de maneira estrita, não é só inconstitucional sob esse viés anti-isonômico entre os diversos ramos do Poder Judiciário, é inconstitucional também porque a partir de 1988 instalou-se um Estado Democrático e Social de Direito e não tão somente um Estado de Direito.

Um outro aspecto que deve ser levado em conta é a patente investida do Estado-Legislator em desfavor da jurisprudência há anos consolidada no Tribunal Superior do Trabalho. Basta observar a redação do parágrafo único do artigo 611-B, trazida pela Lei n. 13.467/17, que, para permitir o aumento da jornada de trabalho, com compensação mediante acordo particular escrito (até seis meses) e até tácito (compensação dentro do mesmo mês), bem assim para não gerar questionamentos sobre a diminuição do intervalo

³⁹ Atribui-se a José João Abrantes a expressão “cidadania na empresa”, explicando o referido autor que há determinados Direitos Fundamentais que não são especificamente laborais, mas devem ser exercidos por todos os trabalhadores, enquanto cidadãos, na empresa. Ou seja, são direitos atribuídos “genericamente aos cidadãos, exercidos no quadro de uma relação jurídica de trabalho por cidadãos, que, ao mesmo tempo, são trabalhadores e que, por isso, se tornam verdadeiros direitos de matriz juslaborista, em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que são feitos valer” (ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 60).

⁴⁰ Op. cit. p. 90.

intrajornada, estatuiu que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”.

Em que pese a flagrante inconstitucionalidade de tal previsão legal, diante dos artigos 7º, XXII, XXVIII, 200, VIII e 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a inovação recentemente trazida pela referida Lei vai literalmente na contramão do item II da súmula 347 do Tribunal Superior do Trabalho, que prevê ser inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública, infenso à negociação coletiva.

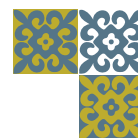
O mesmo ocorreu com a redação que a Lei n. 13.467/2017 deu ao parágrafo segundo do artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, que a partir de novembro passará a estabelecer que o contrato de trabalho alterado, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função, contrariando a estreita redação da súmula n. 372 do TST, segundo a qual “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 mesmo aconteceu com a nova redação trazida ao artigo 461 da Norma Consolidada, que contraria praticamente todos os itens da súmula 06 do Órgão Superior do Poder Judiciário trabalhista.

É manifesto o propósito do Estado-Legislator em menosprezar a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, sendo certo que durante o quase inexistente debate para a confecção da Lei n. 13.467/17, sempre a “atividade criativa ou legislativa” era lançada como argumento para se dar mais “segurança jurídica” aos empresários.

Sem desprezar que a segurança jurídica é um princípio resguardado na Constituição, toda essa atividade interpretativa do Tribunal Superior do Trabalho foi fruto de construção jurisprudencial debatida e com observância do devido processo legal, sempre levando em conta que no cenário constitucional pós-positivista, os princípios são normas e todas as normas fundamentais estimulam a hermenêutica e vinculam os órgãos do Poder Judiciário. Isso foi desprezado pelo Estado-Legislator.

O argumento da segurança jurídica igualmente cai por terra e cede à realidade segundo a qual as citadas súmulas já haviam sido assimiladas pelos atores da relação capital-trabalho. Modificar as regras do jogo com o jogo sendo jogado só trará ainda mais insegurança e discussão judicial.

Imagine-se, por exemplo, um empregado que recebe gratificação de serviço por incorporação temporal e a partir de novembro deixa de recebê-la por ato unilateral do seu empregador. Certamente ingressará em algum momento perante o Judiciário trabalhista, almejando reaver a percepção da gratificação, e o debate certamente passará pela segurança jurídica, direito adquirido e princípio da condição mais benéfica. Conforme se percebe por meio desse singelo exemplo, não haverá mais segurança jurídica nos próximos anos pela chegada da nova legislação. Ao revés, o efeito será rebote.



O Estado-Legislator de 2017, além de ter se vinculado à Escola de exegese, foi ainda mais conservador do que Kelsen, para quem a jurisprudência é considerada fonte do Direito: “a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direito das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão”⁴¹.

A Lei n. 13.467/17 inovou ainda mais, dispondo no parágrafo terceiro do mesmo artigo 8º, que “no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico” devendo-se guiar “pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Esse dispositivo não pode ser lido isoladamente, já que a referida Lei aumentou substancialmente as hipóteses de matérias que podem ser objeto de negociação coletiva e, para impedir que o Judiciário trabalhista invalide cláusulas ofensivas aos trabalhadores, assegurou que os Juízes somente poderão analisar as normas coletivas sob o viés meramente formal, impedindo-se, dessa forma, a análise do mérito das cláusulas e se estas são inconstitucionais.

Ora, também aqui a investida do Estado-Legislator é flagrantemente inconstitucional, por afrontar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, com sede legal no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988⁴², que no dizer de Didier Jr. assegura o direito e ação, “de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição”⁴³.

Não fosse isso suficiente, o legislador reformista inova e cria pseudo “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, trazendo a inevitável conclusão de que esse poder criativo não é dado ao legislador ordinário, tendo-se que princípio não redundava da criação de lei, sendo esta fruto da inspiração naquele.

3. Conclusão

Uma das grandes inovações da Lei n. 13.467/17 foi retirar do parágrafo primeiro do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho a necessidade de compatibilização do direito comum com os princípios trabalhistas, quando aquele for utilizado subsidiariamente, para suprir lacunas legislativas. Ao longo deste trabalho viu-se que a tentativa do Estado-Legislator em limitar a capacidade interpretativa do Juiz trabalhista é visível, assim como também o é o retorno à autonomia das partes como grande racionalidade a ser utilizada na contratação da mão de obra humana, o que parece um retorno ao passado, quando o Direito do Trabalho ainda era atrelado ao Direito Civil.

⁴¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 259.

⁴² CRFB/88, Art. 5º.: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴³ DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito processual civil. Vol. 1. 6.ed., Salvador: Edições Jus Podium, 2006, p. 96.

O Legislador de 2017 desconhece não só a história do Direito do Trabalho, mas também ignora a autonomia deste ramo jurídico, assim como também menospreza a hermenêutica evolutiva realizada há mais de dois séculos, quando no parágrafo segundo do mesmo artigo 8º, estatui limitação interpretativa ao magistrado trabalhista. Cumprir a regra como estabelecida é se curvar a uma discriminação desarrazoada, somente estabelecida aos Juízes do Trabalho, que, mesmo na perspectiva pós-positivista, deverão permanecer jungidos à estrita legalidade.

Por fim, este mesmo Estado-Legislador “moderno”, no parágrafo terceiro do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho ainda cria regra flagrantemente inconstitucional, que, a fim de dar mais autonomia para as partes, no cenário da negociação coletiva, afasta a possibilidade de apreciação do mérito das normas coletivas pelo Estado-Juiz, em clara ofensa ao artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

A Lei n. 13.467/17, na linha do que Supiot denomina de “darwinismo normativo”⁴⁴, tem na igualdade entre as partes o primado para a modernização, mas, convenhamos, já ultrapassamos isso há muito tempo e o retorno ao passado só trará mais desigualdade social e não fará os deuses da economia acordarem para que “o país possa crescer” ou “ser mais competitivo”. A impressão que se tem é que se vivencia uma daquelas tendências da moda, que de tempos em tempos querem fazer crer que o legal estava no passado, como uma espécie de CLT *vintage*.

4. Referências

ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Direito constitucional brasileiro. Perspectivas e controvérsias contemporâneas. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coordenadoras), p. 27-66.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

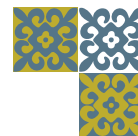
BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. Colaborador: Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

⁴⁴ SUPIOT, Alain. O espírito da Filadélfia. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014, p. 58.



HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, p. 239, 1998. Título original, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.ed, 1995.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois, livre XI, chap. 6., 1748. No texto em português (O espírito das Leis. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 176).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 298.

_____. Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

ROCA, Javier Garcia. Sobre la teoria constitucional de Rudolf Smend. Revista e estudos políticos, Centro de estudos constitucionales: Madrid, 1998.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006.

SCHWABE. Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SUPIOT, Alain. O espírito da Filadélfia. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

O reino do laço, na terra da lassidão

Fernando Luiz Borges Jr.¹

Era uma vez um reino muito conhecido, por ali existirem especialistas em laços. Por *laços*, entendam-se os de toda sorte: laço, propriamente dito, arapuca, visgueira, manzuá, e qualquer outro tipo de armadilha de que vocês venham a se lembrar.

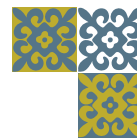
A forma de captura também variava, de acordo com quem preparava o laço. Se a armadilha era montada por quem fabricava produtos, as formas mais comuns eram: especificar um objeto e colocar outro, de qualidade inferior; reduzir o conteúdo, mantendo o tamanho da embalagem, etc; enfim, técnicas que, à luz do Código Penal, poderiam ser enquadradas no art. 171 – crime de estelionato, mas que, por conta do estado de lassidão em que se encontravam comandados e comandantes, iam sendo adotadas de forma generalizada, na base do *farinha pouca, meu pirão primeiro!*

A outra forma de captura, e - creio - mais perigosa que a primeira, era a praticada pelos senhores do reino. Também conhecida como *armadilha do queijo* - o do tipo reino, redondo -, ela consistia em gerar e manter em torno de si uma superestrutura formada por comandados especializados - aos quais era prometida uma vida confortável, e com retorno financeiro proporcional ao grau de complexidade dos trabalhos desenvolvidos. Naturalmente, fazia parte das promessas a proteção contra os sobressaltos do mundo *extra muros* (também conhecida como *estabilitatis*). Tudo devidamente registrado em tabelas e avalizado pelo *selo sagrado* da assembleia real (papiro supremo que trazia em seu bojo o DNA do reino. Era um documento superior ao rei, em tese, e todos - inclusive o rei - a ele eram submetidos).

Como a condução desse reino era muito complexa, não se podia ter comandados quaisquer. Eles tinham de ser os melhores dos melhores; resultado de competições nacionais com representantes de diversas tribos. Muitos desses representantes abandonavam todas as demais atividades sociais de suas vidas por meses e anos, até, preparando-se para as competições. Mesmo sabendo que concorreriam com dezenas - e até centenas - de milhares, esses comandados se lançavam nessa jornada incerta, atraídos pela contrapartida (*canto de sereia!?*) apresentada pelos senhores do reino.

Não é demais lembrar que, para condicionar os que se aventuravam nessa empreitada, eram estruturados vários centros de preparação, os quais cobravam - e muito caro! - para ensinar os meandros e *notas de rodapé* que poderiam ser cobrados nas provas das competições (que também eram precedidas de pagamento pelos competidores!). Aí começava a seleção, e quem podia pagar curtia a *#já parti na frente*.

¹ Servidor do TRT5 há quase 31 anos. Atualmente é o Coordenador Técnico da Diretoria-Geral. É coautor do livro POEMAS e tem trabalhos publicados em três edições do prêmio Lagoa do Abaeté, promovido pela Federação Baiana de Escritores. Cantor, compositor e intérprete, lançou o CD Músicas de Esperança e clipes no canal do YouTube - Músicas de Esperança - Fernandinho Borges.



(Salto no tempo).

Com todo respeito à decepção e prejuízo (psicológico e financeiro) da maioria esmagadora dos competidores, vou prosseguir a história com os ditos *aprovados*. Com eles, os senhores do reino passavam a ter ao seu dispor a *nata* de comandados vencedores nas competições. Estes, por sua vez, ainda inebriados com suas performances, deliravam na expectativa da vida prometida. Por isso mesmo nem se importavam em aumentar – só mais um pouco – o custo do seu ingresso na estrutura interna do reino. Afinal, vitórias tinham de ser comemoradas! Parecia justo!

Parecendo ser uma coisa lógica, a partir do seu *chamamento*, os mais novos comandados começavam a planejar suas vidas, sem receio do porvir. O que eles desconheciam é que as regras das competições editadas pelos senhores do reino só valiam até aquele momento. E assim que os novos comandados tomavam posse e entravam em exercício a serviço do reino, ouvia-se um estrondo vindo de suas retaguardas: eles haviam caído no laço! De agora em diante passavam a ser tratados por **servidores!**

A partir de então a história é a que se conhece: os senhores do reino passavam a exigir dos servidores que executassem atividades cada vez mais complexas e em maior número do que rezavam os termos da competição. A contrapartida, representada por um arbusto de metal, começava a ser atacada pela *inflacionis monstrus*, um agente nocivo que corroía suas folhas e enferrujava seu tronco, fazendo com que o arbusto estagnasse e começasse a perder vida.

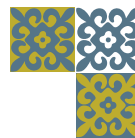
Quase esqueço de dizer que, num círculo mais próximo, os senhores do reino mantinham e adubavam arbustos de um grande número de *subordinatum cumpatris* – um tipo diferente de servidores que, não só não disputavam as competições, como entravam e saíam do reino ao gosto dos senhores. Conta-se que havia mais de 100 mil deles no reino do laço, vindos da terra da lassidão. A única competência que dispunham era a de terem um *QI elevado*. De quanto? Nunca fora revelado.

Quanto aos servidores aprovados, iam cumprindo sua parte na superestrutura do reino, enquanto assistiam a ferrugem da *inflacionis monstrus* corroer seus arbustos. Para não matá-los de inanição (e ter de adquirir novos servidores), de tempos em tempos os senhores do reino liberavam pequenas porções de anticorrosivo. Essas porções não cobriam todo o arbusto. Davam conta de lubrificar uma parte dele, e proporcionar a sensação de que o arbusto iria reagir e frutificar. Esperança vã.

Quando os servidores se juntavam para solicitar aos senhores do reino um pouco mais de anticorrosivo (pois, estando há mais de uma década sem poder lubrificar seus arbustos, assistiam à sua degradação lenta e progressiva pela ação da *inflacionis monstrus*), ouviam desses senhores uma distorcida mensagem (ampliada pelos sistemas de comunicação do reino, que não estavam a serviço do reino... só que não...), no sentido de que eles, os servidores, eram uns insubordinados; ingratos; que pediam doses cavalares de anticorrosivos em detrimento de todo o reino; que o seu pleito era imoral, injusto, antisocial. Acho que os senhores só não diziam que os servidores/insubordinados iriam para o inferno porque o reino era laico...

E assim, barganhando para manter seus arbustos com doses mínimas de anticorrosivos, os servidores - quase excomungados - continuaram tentando convencer os senhores, e o resto do reino, de que o que queriam era, tão somente, receber, em contrapartida ao seu trabalho, o que lhes fora prometido, *selado, registrado, carimbado, avaliado, rotulado...* como na música de Raul².

² Raul Seixas – Carimbador Maluco.



Perdi o meu emprego

Danilo Gaspar¹

*Dizem que o trabalho dignifica o homem
Dizem que o amanhã sempre será melhor do que ontem!
Mas se eu perder o meu emprego?
Me contem...*

*Dizem que não posso ser dispensado de forma arbitrária ou sem causa justa!
Dizem que a continuidade da relação de emprego é mais que necessária!*

*Mas por que, então, fui dispensado de forma injusta?
Era um dia normal, dia de sol.
24 horas como habitual.
Mas quando cheguei, o aviso: compareça ao RH!
Ah, já sei, salário melhor virá!!!!*

*Mas, ao chegar lá, o pior estava a me esperar.
Era uma carta, um papel, quase um pedaço de papel de pão.
Possuía meus dados, meu histórico, e se chamava “Termo de Rescisão”.
Motivo não tinha não, simplesmente escolha do meu patrão!*

Mas o que fiz, afinal???
*Envelheci, troquei de time, de opção sexual....
Nada disso, pelo que entendi, meu contrato simplesmente chegou ao final.*

*Insisto, pergunto, questiono,
preciso saber,
afinal, o que direi àqueles que esperam em casa por me receber???*

*Que fui dispensado, que perdi o emprego, que não vou mais trabalhar.
Mas tenho esposa, dois filhos, e uma família pra criar.*

*Lembro da Justiça, que pode até demorar, mas não falhar: assim sempre ouvi!
Se a Constituição protege meu emprego, do que terei medo???*

¹ Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Mestre em Direito Privado e Econômico (Universidade Federal da Bahia – UFBA). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho (Curso Preparatório para Carreira Jurídica – JUSPODIVM – Salvador/BA). Bacharel em Direito (Faculdade Ruy Barbosa – Salvador/BA). Professor de Direito do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito – FBD. Professor de Cursos de Pós-graduação em Direito. Professor de cursos preparatórios para concursos públicos e exame da OAB. Autor de obras jurídicas.

*Inciso I do artigo sétimo, norma constitucional, direito fundamental.
Talvez seja fácil retornar ao meu emprego e viver no meu habitat natural.*

*Ledo engano, resposta negativa.
Me disseram até que o direito existe,
mas não fora regulamentado.
E eu? Mais uma vez frustrado!*

*Mas não desisto, me falaram de uma
certa “lei” internacional.
Convenção, recomendação, não sei bem o que. 158, me lembro bem, documento essencial.*

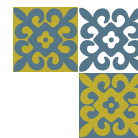
*Ainda não foi desta vez.
Ratificada, aprovada, publicada.
Mas, pouco tempo depois,
optaram por denunciá-la.*

*É, não tem jeito, o que me resta é aceitar que existe um tal de um direito potestativo
de dispensar.
E, como tal, resta a nós, como de forma natural, simplesmente aceitar.*

*Mais um trabalhador desempregado, mais um pai de família angustiado.
Bolsa-família, seguro-desemprego, até ajudam, mas continuará faltando algo:
o meu trabalho.*

*Trabalho que dignifica, que torna cidadão.
Trabalho que purifica, que faz encontrar a razão.
Trabalho que quero, trabalho de que preciso.
Trabalho que tinha, mas, não sei por que, tive perdido!*

Guarajuba, 17 de março de 2013.



A essência de ser professor

Rodolfo Pamplona Filho¹

*O magistério é a parábola do semeador...
Nós não desperdiçamos sementes...
Nós apostamos que uma delas germinará...*

*O magistério é a consciência plena
de que se tem o futuro de alguém
em suas mãos e em seus ensinamentos...*

*O magistério é o sacerdócio verdadeiro
de se entregar a uma missão, com alma de criança,
mesmo quando os outros não têm sequer esperança...*

*E se, ao menos, um aluno
um único aluno simplesmente
sentir-se desta forma
já terá valido a pena todo sacrifício...*

262

Salvador, 15 de outubro de 2010.

¹ Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor Associado II da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT). Membro e Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

Desestruturação produtiva

Rodolfo Pamplona Filho¹

*Eu não sei mais quem é meu chefe
Eu não sei mais quem é meu patrão
Recebo ordens de todos os lados
Mas não sei quem me dá o pão...*

*Já fui parte da organização:
o orgulho da minha seção,
mas a tal reengenharia
alterou a filosofia...*

*Falam de flexibilização
Em um mundo globalizado
Só que deixaram todos na mão
sem olhar para o lado...*

*Realmente tudo na China
é produzido mais barato.
Vendem aqui mesmo na esquina
Sem se ater a um simples fato*

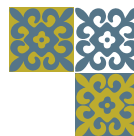
*Que o que nos leva a ser feliz
é ter uma vida normal
e não ser aprendiz
de um dumping social*

*Todo o sistema mudou...
Não faz sentido falar em nação...
Graças a isso, virei consumidor
não sou mais povo, nem cidadão*

*A mídia nos transformou em público,
que pagou e quer o serviço
não se fala mais em direito,
nem se pensa em compromisso...*

*A era do emprego já passou...
O que se quer é flexisegurança
Em que consumido eu é que sou
E o Estado cuide dos que não têm esperança...*

¹ Ver página 240.



*Por que subordinação, e não dependência?
Quem disse que necessidade é indecência?
Por que cada um cuidar do seu e nada mais?
E, depois, o Estado é que exclui os marginais...*

*O espelho precisa realmente se quebrar
e se converter em um multifacetado cristal
para olhar o outro sem repúdio ou pesar
e recuperar aqueles que sofrem o mal*

*Já mudei de nome várias vezes,
como mudo de empresa em poucos meses
Fui temporário, estagiário,
Cooperado, terceirizado*

*Já fui PJ, já fui parceiro
Fui colaborador, já fui meeiro
Fui precário, em experiência
Fui autônomo ou outra crença*

*Fui mobília da casa, tombado,
Membro da família, agregado
Dependente ou parassubordinado,
só não deixei de ser explorado...*

Ciudad Real, 16 de setembro de 2008.

Diretiva da vergonha

Rodolfo Pamplona Filho¹

*Fui detido
– não acredito! –
Em um Campo de Concentração,
Digo, um Centro de Detenção*

*Fui detido
Sem crime cometer
Sem matar, nem roubar
Ou a ninguém prejudicar*

*Fui detido
Sem direito de defesa
Como se estar sem documento
Fosse um bilhete direto para o inferno*

*Fui detido
Pelo crime de ter esperança
De buscar um novo horizonte
Para mim e minha família*

*Fui detido
Pelo pecado de sonhar
Por uma nova vida enfrentar
Com disposição para trabalhar*

*Diretiva
Diretriz
Direção
Que eu não quis...*

*Retorno
Resolvo
Revolto
Expulsão...*

¹ Ver página 240.



*Ilegais são atos, não pessoas.
Indignos são preconceitos escondidos
Em um revival de tempos idos
Em que se separava as pessoas pela origem*

*Fui detido
– é certo! –
Não pelo que fiz ou faria
Mas pelo crime de SER HUMANO*

Ciudad Real, 28 de setembro de 2009.

Diretiva sem-vergonha

Márcio Granconato¹

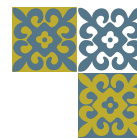
*Nasci na Bahia
Peguei um pau de arara
E fui parar em Sun Palo
Lá me chamaram de ô cara*

*Tive medo do metrô
Mas logo aprendi
Que era um lugar bom
Para drumi*

*Trabalhei de porteiro
Depois de pedreiro
Também fui empeleiteiro
Agora, sou metaleiro*

*Pensei que lá tinha jabá
Mas só tinha maconha
Percebi então
Que minha diretiva foi sem-vergonha*

¹ Juiz do Trabalho; Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP; Mestre em Estudios en Derechos Sociales pela Universidad de Castilla-La Mancha e Especialista em Direito do Trabalho pelo IDT da FDUL - Lisboa, Portugal.



Infortunística

Rodolfo Pamplona Filho¹

*Trabalho porque preciso
Trabalho para sobreviver
Trabalho porque estou vivo
Trabalho para comer*

*Trabalho porque gosto...
E por que o meu rosto
não é mais o mesmo
depois de tanto tempo?*

*Não falo da velhice...
Não falo da tristeza...
Falo da perda do ânimo...
Falo da minha natureza*

*que se alquebrou
por sentir dor
em fazer aquilo que eu sei,
a única coisa que sei fazer..,*

*Lembro o dia do acidente
Lembro do choro e do pavor
de imaginar terminar minha vida
como um filme de terror*

*Não é mais sustento que está em jogo,
nem meu emprego, de verdade,
o que sinto perder pouco a pouco
é o que me resta de dignidade...*

Praia do Forte, 17 de outubro de 2010.

¹ Ver página 240.

Para quando a juventude se for...

Rodolfo Pamplona Filho¹

*Aproveite a novidade
em cada simples momento,
pois os grãos da realidade
da ampulheta do tempo
não retornam jamais...*

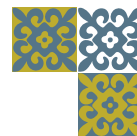
*O tempo não para...
E não para de verdade,
pois a chance se torna rara,
quando se perde a oportunidade
que não se repete mais...*

*O viço vai passar...
As rugas vão surgir...
Sumirá o brilho no olhar...
Os efeitos inexoráveis vão surtir...
E não dá para ir para trás...*

*E a beleza que permanece
não é necessariamente no corpo,
mas, sim, na alma...
Ah, a alma...
Esta somente envelhece
se a cabeça padece
da falta de prece...
da falta de senso...
da falta de berço...
da falta de norte...
da falta de morte...
da falta de bondade...
da falta de boa vontade...
da falta de fé...*

*Salvador, 05 de setembro de 2010, um domingo
de recordação de amigos e amores passados...*

¹ Ver página 240.



Pelos filhos

Rodolfo Pamplona Filho¹

*Pelos filhos, fazem-se loucuras,
mata-se ou morre-se, passa-se fome,
sucumbe-se a travessuras,
muda-se até de nome...*

*Pelo amor aos filhos,
troca-se a aventura pela segurança,
a liberdade pelos trilhos,
a programação pela esperança...*

*Para ver os filhos crescerem,
renuncia-se a um grande amor,
chora-se até as lágrimas se perderem,
entrega-se aos leões sem medo da dor...*

*Pela felicidade dos filhos,
abdica-se da individualidade,
esquece-se a própria mortalidade,
vive-se como se não mudasse de idade.*

*Vivendo para os filhos eternamente,
corre-se o risco de se anular,
de desaprender a ser gente,
de nunca mais voltar a sonhar...*

*Mas, mesmo assim,
é uma opção consciente em cena...
um investimento sem retorno ou fim...
um sacrifício que vale a pena...*

Praia do Forte, 26 de dezembro de 2010.

¹ Ver página 240.

Podar ou lapidar

Rodolfo Pamplona Filho¹

*Podar é direcionar,
cerceando galhos
que não interessam.
Lapidar é desnudar,
descobrir a essência
que explica a existência.*

*Podar é amestrar,
incurtindo valores
que se toma como essenciais.
Lapidar é educar verdadeiramente,
mostrando as consequências
possíveis de cada opção.*

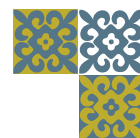
*Podar faz a planta
virar obra de arte
do paisagismo de sua estética.
Lapidar transforma
a pepita em diamante,
revelando o que já existia.*

*Tanto podar, quanto lapidar
mostram o enorme potencial
do objeto que se aperfeiçoa.
Isto, por si só,
não é algo digno de dó,
mas, sim, de louvor...*

*Mas há uma diferença fundamental
que afeta o resultado final:
Se podar é cultivar
a beleza que se quer,
lapidar é cuidar
do conteúdo que se é.*

Salvador, 23 de outubro de 2011.

¹ Ver página 240.



Preconceito

Rodolfo Pamplona Filho¹

*Sou baiano,
Negro,
Pobre
E Gay
Sou cigano
Feio,
Baixo e
Chinês
Nordestino ou
Argentino
Mendigo ou
Indigente
Idoso ou
Menor Carente
Deficiente ou
Doente
Crente ou
Ateu
Árabe ou
Judeu
Umbandista ou
Adventista
Testemunha ou
Kardecista
Migrante ou
Imigrante
Presidiário ou
Proletário
Refugiado ou
Desabrigado
Bêbado ou
Drogado
Alcoólatra ou
Viciado
Desempregado ou
Condenado*

¹ Ver página 240.

*Sou muito mais que tudo isso...
Se não na carne, no espírito
de solidariedade com aquele
que sofre, chora e morre
não pelo que faz ou fez,
mas pelo sentimento incontrolável
de quem não compreende...
Nem faz qualquer esforço para isso...*

*É preciso sentir na pele,
por vezes, literalmente,
para dimensionar a loucura
de julgar o outro
sem um dado objetivo
que justifique esta postura.*

*Não é fácil matar
um leão por dia
e ser excluído pelo
grau de melanina
OU por quem você suspira
OU pela sua conta bancária
OU pela sua luta diária
OU de onde vai ou vem
OU de quem você crê no além...*

*Esqueça-me por um dia
ou – melhor! – definitivamente,
pois o meu maior defeito
é parecer diferente
aos olhos de quem esqueceu
qual é o sentido de ser gente...*

*Salvador, 06 de setembro de 2010,
véspera da comemoração Independência do Brasil,
uma segunda-feira reflexiva e solitária...*

