

REVISTA DE
**DIREITO DO
TRABALHO**
RDT

ANO 45 • 197 • JANEIRO • 2019

COORDENAÇÃO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO
THEREZA CHRISTINA NAHAS

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**



THOMSON REUTERS

ProView

Para baixar sua revista eletrônica:

1. Acesse o link www.livrariart.com.br/proview
2. Digite seu nome, seu e-mail e o CÓDIGO DE ACESSO que se encontra na etiqueta adesiva colada nesta revista.
3. Você receberá no e-mail informado a validação do código de acesso;
4. Se você já é usuário ProView, sua revista aparecerá em sua biblioteca. Caso ainda não seja, siga os passos do e-mail que recebeu para criar seu usuário OnePass, um sistema de login que permite o acesso a vários sites da Thomson Reuters com um único nome de usuário e senha;
5. Faça seu cadastro no OnePass e, em seu primeiro acesso ao ProView, **digite a chave que recebeu por e-mail;**
6. Baixe o aplicativo do Proview no site:
www.rt.com.br/marketing/hotsite/Proview/
7. Novidade, agora você acessa o **Thomson Reuters ProView®** direto no seu **smartphone**.

Aproveite sua revista eletrônica e boa leitura!

Obrigado por escolher a Thomson Reuters.

Abaixo o seu código de acesso:



The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a larger, fainter circle. The bottom right corner is filled with a dense pattern of thin, light gray lines that create a textured, circular effect.

Revista de
**DIREITO DO
TRABALHO**

Ano 45 • vol. 197 • janeiro / 2019

Coordenação

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO

THEREZA CHRISTINA NAHAS

SECRETÁRIA EDITORIAL

Marcia Lovane Sott

EDITORES ASSISTENTES

Paula Collesi

Adriano Januzzi

ASSISTENTE DE PRODUÇÃO

Bernardo Machado Otoni

CONSELHO EDITORIAL

Augusto César Leite de Carvalho (Ministro do TST e Professor do IESB – Instituto de Educação Superior de Brasília), Bento Herculano Duarte Neto (TRT-21ª Reg./RN e Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte), Duarte Abrunhosa e Sousa (Professor Titular em Direito do Trabalho Faculdade de Direito do Porto/Portugal), Fabiano Coelho de Souza (Professor Titular em Direito do Trabalho do Instituto de Direito Público de Brasília/DF e Coordenador da Faculdade Atame de Goiânia/GO), Fabiano Zavanella (Escola Paulista de Direito), Fernando Araújo (Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa – Clássica), Fernando Fita Ortega (Professor Titular em Direito do Trabalho e Seguridad Social Universidad de Valencia/Espanha), Georgenor de Sousa Franco Filho (Professor Titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade de Amazônia – UNAMA), Giuseppe Ludovico (Professor Doutor em Direito do Trabalho e Previdenciário na Universidade de Milão), Joaquín Aparício Tovar (Catedrático Emérito da Universidad de Castilla-La Mancha), Maria Belén Cardona Rupert (Catedrática de Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos Facultad de Derecho da Universidad de Valencia – Espanha), Lourdes Mella Méndez (Professora Catedrática de Universidad – Acreditada – de Direito de Trabalho e da Seguridad Social – Universidad de Santiago de Compostela. A Coruña. España), María José Romero Rodenas (Catedrática de Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de la UCLM – Campus Albacete – Espanha y Catedrática de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social da Universidad Castilla-La Mancha – Espanha), Mônica Sette Lopes (Professora Doutora Titular em Direito do Trabalho da UFMG), Ney Maranhão (Professor Titular em Direito do Trabalho da Universidade Federal do Pará), Norma Sueli Padilha (Professora Doutora Titular em Direito Ambiental da UNIFOR), Ricardo Jose Macedo de Brito Pereira (UDF – Centro Universitário do Distrito Federal), Rodrigo Palomo (Universidade de Talca – Chile), Sérgio Pinto Martins (Professor Doutor Titular da Universidade de São Paulo – USP), Sergio Torres (Professor Doutor Titular da UNICAP e FDR/PE), Vitor Salino de Moura Eça (Professor Doutor Titular da PPGD PUC/MG), Yone Frediani (Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho).

PARECERISTAS

Antonio Umberto de Souza Junior (IDP/SP), Bruno Freire e Silva (UERJ), Carlo Consentino (Universidade Federal de Pernambuco), Claudia José Abud (PUC-SP), Daniel Cervantes Angulo Vilarinho (Faculdade Católica Dom Orione e Escola Superior de Advocacia do Tocantins/TO), Edinilson Donisete Machado (UENP e UNIVEM), Fabiola Marques (PUC-SP), Francisco Meton (Universidade Federal do Piauí), Francisco Pedro Jucá (Professor Titular de Direito do Trabalho e Previdência Social da Faculdade de Direito de São Paulo – FADISP), Gilberto Stürmer (Professor Titular de Direito do Trabalho da PUC/RS), Gratiela-Florentina Moraru (Professora da UCLM/Albacete), Joao Paulo Mendes (Professor de Direito e Processual Tributário e Coordenador da Pós-Graduação da CESUPA), Juliana Teixeira Esteves (Professora Adjunta na Universidade Federal de Pernambuco), Luciano Martinez (Universidade Católica de Salvador/BA), Luis Eduardo Gunther (Unicuritiba/PR), Marco Villatorre (Professor Titular de Direito do Trabalho e Previdência Social da UFSC/SC), Óscar Contreras Hernández (Professor Adjunto da UCLM/Espanha), Paulo Henrique Mota (Professor Titular em Direito do Trabalho Centro Universitário de Itajubá/MG), Paulo Kim Barbosa (Professor Titular em Direito do Trabalho da Universidade Municipal de São Caetano do Sul/SP), Platon Teixeira de Azevedo Neto (Professor Titular em Direito do Trabalho da UFGO/GO), Raphael Miziara (Professor Escola de Advocacia do Piauí), Renato Sabino (Professor e Coordenador da pós-graduação em Direito do Trabalho da Unidombosco/SP), Rodrigo Garcia Schwarz (Professor Titular em Direito do Trabalho da UNOESC/SC), Rômulo Nei Barbosa de Freitas Filho (Professor Titular em Direito do Trabalho Faculdade Damas/PE), Rúbica Zanotelli (Professora Titular em Direito do Trabalho e Previdência Social da UFF/RJ).

Revista de
**DIREITO DO
TRABALHO**

Ano 45 • vol. 197 • janeiro / 2019

Coordenação

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO

THEREZA CHRISTINA NAHAS

Repositório de jurisprudência autorizado pelo
Tribunal Superior do Trabalho.

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Revista de **DIREITO DO TRABALHO**

Ano 45 • vol. 197 • janeiro / 2019

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [01-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [26.11.2018]



Revista de **DIREITO DO TRABALHO**

Ano 45 • vol. 197 • janeiro / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial

Coordenação

IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Bruno Capassi, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Rafaella Araujo Akiyama

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier e Daniela Medeiros Gonçalves Melo

Estagiários: Fernanda Farias, Lucas Vieira e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Carla Chaves

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

LINHA EDITORIAL

O direito do trabalho é uma ciência que está em constante mutação, quer pelas variações e desenvolvimentos sociais, quer pelas econômicas. Não obstante alguns discursos de que os robôs substituíram a força de trabalho, é absolutamente sabido que nada pode substituir o ser humano, seja por sua inteligência, seja por sua força física. Não se constroem robôs sem que haja a intervenção humana. A economia não se desenvolve sem a interferência do ser humano. O direito do trabalho é uma das ciências mais peculiares e multidisciplinares, e da força de trabalho dependem as sociedades e os países e o desenvolvimento econômico e humano.

Assim, constrói-se neste século XXI uma revista que pretende abordar não somente o aspecto das relações subordinadas determinadas por normas em concreto desde o século XVII/XVIII, com a formação das ligas sindicais internacionais que resultou no nascimento da OIT e, posteriormente, da ONU e suas instituições tentaculares que pretendem harmonizar as relações econômicas e sociais, reduzindo o nível de tensão entre elas e contribuindo para o nascimento de uma nova sociedade com menos desigualdades e mais qualidade de vida.

A *Revista de Direito do Trabalho*, construída com o sistema de *double blind peer review*, que seleciona trabalhos de excelência acadêmica, estrangeiros e nacionais, conta com professores e catedráticos absolutamente qualificados e das mais diversas áreas do direito justamente para demonstrar a grandiosidade da ciência e sua importância para o desenvolvimento dos países e dos povos. Considera ainda a ciência processual diante da característica da nossa legislação positivada e da existência de Tribunais sociais com autonomia e estrutura para dizer o direito e a necessidade que nosso país tem de instrumentos de proteção adequada à tutela da relação jurídica naturalmente desigual, mas que intenta equilibrar o direito material.

A geração a que pertencço, nascida no imediato pós-guerra, viveu sua infância e juventude num misto de esperança e medo. Vivíamos a transição para o que se convencionou chamar de 3ª Revolução Industrial, a partir de 1960, com o avanço da tecnologia e o surgimento do computador, a corrida espacial e tudo o que levava a crer que o futuro do homem – e do trabalhador, por conseguinte – seria radioso.

Por outro lado, assombrava-nos o lado escuro do avanço tecnológico, sobretudo no auge da guerra fria, diante da perspectiva concreta de que tudo se desintegrasse numa explosão atômica. Era um perigo real. Em suma, acreditávamos que no século XXI – se século XXI houvesse – o homem, em face do avanço tecnológico, trabalharia menos, ao passo que os frutos do desenvolvimento seriam por todos compartilhados.

Nem o mundo acabou, felizmente, nem as utopias se tornaram realidade.

Agora, estamos vivendo, num processo muito mais rápido do que o das revoluções anteriores, a chamada 4ª Revolução Industrial, e é urgente que compreendamos a abrangência e amplitude dessa nova revolução. De acordo com Klaus Schwab, “as mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso”.¹

Não há dúvida de que a 4ª Revolução Industrial trará grandes benefícios para a humanidade: energia renovável, velocidade das comunicações, saúde e longevidade farão com que vivamos num mundo melhor. Por outro lado, as profundas alterações no sistema de produção terão um impacto ainda não mensurável sobre o trabalho humano, sobretudo quando consideramos o envelhecimento acentuado da população (um dos benefícios da revolução) e a conseqüente necessidade de se redistribuir renda e elaborar mecanismos de sustentação da previdência social.

O professor Ricardo Abramovay, atento à necessidade de a sociedade contornar o que chama de “horizonte distópico tão frequentemente associado ao avanço da inteligência artificial, do aprendizado de máquinas e da internet das

1. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 12.

coisas”², que são, como sabemos, as pontas de lança da 4ª Revolução Industrial, adverte que “a inteligência artificial é e só pode ser um meio. Cabe à sociedade civil, aos representantes do Estado, às empresas e aos cientistas estabelecer suas finalidades. E é claro que as bases destas finalidades são de natureza ética”.

Em outras palavras, o avanço das tecnologias só tem sentido se vier em benefício do homem. O avanço tecnológico que despreze, por exemplo, a questão ambiental (descurando da substituição das energias fósseis pelas renováveis, do controle da emissão de carbono e da erosão da biodiversidade) já não faz nenhum sentido.

Já não faz nenhum sentido, também, que as inovações sejam feitas de forma excludente. Talvez as utopias já não façam sentido, mas é necessário que a política, que é a arte de organizar a sociedade, caminhe no sentido de mitigar a gritante desigualdade social que as revoluções industriais anteriores só fizeram exacerbar.

A natureza ética que deverá balizar a nova revolução impõe, ainda agora, a premissa fixada dois mil e quinhentos anos atrás pela filosofia, de que o homem é – deve ser – a medida de todas as coisas.³

MÁRCIO EURICO VITRAL AMARO

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

2. O sentido da inteligência artificial. *Valor Econômico* de 24.09.2018.

3. Apresentado no 2º Congresso Mundial Cielo Laboral 2018, sobre a 4ª Revolução Industrial.

SUMÁRIO

LINHA EDITORIAL	9
EDITORIAL	11
ESTUDOS NACIONAIS	
Constituição da República de 1988: avaliação dos seus 30 anos em matéria trabalhista <i>Constitution of the Republic of 1988: evaluation of its 30 years in labor matters</i>	
GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO	19
O negociado sobre o legislado: uma análise dos aspectos positivos e negativos dessa mudança <i>The agreement above the legislation: a pros and cons overview</i>	
ANA PAULA DIDIER STUDART.....	33
A gratuidade da justiça no contexto da reforma trabalhista <i>The gratuitousness of justice in the context of the labor reform</i>	
ANDRÉ ARAÚJO MOLINA	57
A multa do art. 477 da CLT e a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho <i>The fleet of art. 477 of the CLT and the jurisprudence of the Regional Labor Courts and the Superior Court of Labor</i>	
RODOLPHO CÉZAR AQUILINO BACCHI	83
A jornada intermitente e a expansão do limbo previdenciário: a quem caberá a proteção social da contribuição insuficiente? <i>The intermittent day and the expansion of the preventional limbo: who will be the social protection of the insufficient contribution?</i>	
MARCELO VITOR SILVA RIZZO, HELOÍSA HELENA SILVA PANCOTTI e RICARDO BISPO RAZABONI JUNIOR	101

O grupo econômico trabalhista após a Lei 13.467/2017 <i>The labor economic group after Law 13,467/2017</i> BEN-HUR SILVEIRA CLAUS.....	119
Demissão coletiva e "reforma trabalhista": breves notas desde uma teoria jurídico-trabalhista crítica <i>Collective dismissal and "labor reform": brief notes from a critical legal-labor theory</i> JULIANA TEIXEIRA ESTEVES, ANDRÉ LUIZ BARRETO AZEVEDO e CARLO BENITO COSENTINO FILHO	149
Tomada de decisão apoiada e contrato de emprego <i>Decision-making supported and employment contract</i> ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI	177
Os direitos sociais dos trabalhadores nos pactos internacionais de direitos humanos de 1966 <i>The workers social rights in the international covenants of 1966</i> RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA.....	199
Saúde e segurança do trabalhador e "novas" relações de trabalho <i>Occupational health and safety and "new" working relationships</i> RICARDO JAHN e GUSTAVO BORGES	225

ESTUDOS INTERNACIONAIS

La legalidad, la responsabilidad y la realidad en la integración laboral de las personas con discapacidad <i>Legality, responsibility and reality in the labour integration of people with disabilities</i> PABLO AGUILAR CONDE, MARINA BALLANO ARRANZ, SARA POLANCO SALOMÓN e NIEVES YUSTA SAINZ.....	253
La moneda de curso legal en el Derecho del Trabajo <i>Legal tender in Labour Law</i> REINALDO JESÚS GUILARTE LAMUÑO.....	271

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

CERCEAMENTO DE DEFESA – Nulidade – Inocorrência – Acolhimento de contradita de testemunha – Fotografias apresentadas que demonstram conversa entre as partes e as testemunhas, caracterizando a instrução – Necessidade, ademais, de privilegiar a valoração da prova pelo juiz de piso.

Comentário por PRISCILA DE OLIVEIRA MARGRAF e ALENCAR FREDERICO

MARGRAF..... 291

JORNADA DE TRABALHO – Regime compensatório semanal – Inadmissibilidade – Hipótese de prestação de trabalho suplementar habitual que desvirtua a finalidade da compensação de horários – Pagamento de adicional de hora extra que se impõe.

Comentário por WALLACE ANTONIO DIAS SILVA..... 299

Em Foco..... 333**NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA.. 345**

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of fine, light-colored lines that create a textured, geometric effect. The circles are centered on the right side of the page, with some overlapping each other. The lines are most prominent in the lower right quadrant, radiating outwards.

Estudos Nacionais



CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: AVALIAÇÃO DOS SEUS 30 ANOS EM MATÉRIA TRABALHISTA

CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF 1988: EVALUATION OF ITS 30 YEARS IN LABOR MATTERS

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor *Honoris Causa*. Professor Titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro de Número da Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro da Academia Paraense de Letras, da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
georgenor@trt8.jus.br

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Trabalho

RESUMO: Este texto visa apreciar uma dezena de temas trabalhistas (direito material e direito processual), indicando os seus pontos negativos e positivo. Cuida de direitos individuais, coletivos e processuais, conforme contemplados na Constituição de 1988 ao ensejo da passagem dos seus 30 anos de vigência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trabalho – Constituição – Direito material e processual do trabalho.

ABSTRACT: This text assesses a dozen labor issues (substantive law and procedural law), indicating their negative and positive points. It takes care of individual, collective and procedural rights, as contemplated in the Constitution of 1988 to the occasion of the passage of its 30 years of validity.

KEYWORDS: Labor law – Constitution – Material and procedural labor law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Principais pontos alterados no art. 7º. 2.1. Garantia de emprego. 2.2. Salário-família. 2.3. Atividade penosa. 2.4. Creches e pré-escolas. 2.5. Automação. 2.6. Prescrição. 2.7. Trabalho do menor. 2.8. Direitos do doméstico. 3. Competência da justiça do trabalho (art. 114). 4. Poder normativo (§§ do art. 114). 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2018 é destinado a comemorar três importantes eventos. O primeiro é o transcurso dos 40 anos de fundação da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, cujos festejos incluem essa obra coletiva. O segundo é festejar os 70 anos da aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O terceiro é a passagem dos 30 anos de promulgação da Constituição da República em vigor no Brasil desde 1988.

Nesse tripé de expressivo significado está alicerçada a base de boa parte das discussões doutrinárias que se travam no Brasil.

Neste texto¹, tenciono limitar-me apenas a avaliar alguns dispositivos constitucionais em matéria trabalhista, sem exaurir o tema, e não irei tratar, salvo rara e pontualmente, de normas em regulamentação infraconstitucional questionável (a lei que cuida do aviso prévio proporcional, por exemplo) ou sobre a reforma trabalhista operada no Brasil em 2017.

Acredito ser possível antecipar que, à indagação sobre o que mudou em matéria trabalhista nesses 30 anos de vigência da atual Constituição, posso responder que pouca coisa mudou e a maioria mudou para pior.

A própria Lei Fundamental tem sido alterada sucessivamente. Até agosto de 2018, eram registradas 99 emendas constitucionais ordinárias e seis emendas de revisão. No total, temos 105 emendas em menos de 30 anos. Até setembro de 2018, temos 360 meses de vigência constitucional e 105 emendas aprovadas, o que resulta em um novo texto a cada três, quatro meses ou, lamentavelmente, uma emenda a cada 102 dias.

Fosse, como deveria ser, uma Constituição rígida, não deveria ser alterada nesse excessivo número de vezes, motivada por razões político-ideológicas do momento, o que resulta, *data venia*, em singular instabilidade jurídica para a comunidade.

Feitas essas breves considerações, vejamos o que foi mudado, em termos de matéria trabalhista, desde 1988.

2. PRINCIPAIS PONTOS ALTERADOS NO ART. 7º

O *caput* do art. 7º dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

1. Resumo da Palestra proferida no I Congresso da Academia Paraense de Letras Jurídicas, Belém (PA), 13.09.2018.

Em seguida, são elencados, exemplificativamente, alguns direitos nos 34 incisos deste artigo, e passo a examinar os que me parecem mais relevantes.

2.1. *Garantia de emprego*

Dispõe o inciso I do art. 7º:

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

Trata-se de um sonho de todo trabalhador subordinado: ter seu emprego garantido, ser verdadeiramente efetivo, não pode ser mandado embora com a simples entrega das guias de movimentação do FGTS e o pagamento de alguns direitos (aviso prévio, férias e 13º salário, dentre os mais habituais).

Porém, isso não existe na prática, porque esse direito está sob reserva de lei complementar que não existe desde 1988.

Não existe? Existe, sim. Trata-se da Lei Complementar 150, de 01.06.2015, que regulamentou os direitos dos domésticos decorrente da Emenda 72/2013, porém, nela o legislador se fez mouco e não regulou esse direito ao doméstico, o que proporcionaria que a jurisprudência cuidasse de aplicar por analogia a todos os demais trabalhadores brasileiros.

Trata-se, como facilmente se constata, de um ponto *negativo*. A única coisa que ainda existe é a regra chamada de *temporária* do art. 10 do ADCT, que dispõe:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

2.2. *Salário-família*

Originalmente, o inciso XII do art. 7º consignava:

XII – salário-família para os seus dependentes;

Significava, então, que todo trabalhador, com filho, enteado ou tutelado com idade entre 0 a 14 anos ou inválido de qualquer idade, teria direito a percepção da Previdência Social esse benefício, hoje variando entre R\$ 45,00 e R\$ 31,71 (Portaria MF 15/2018).

A Emenda Constitucional 20/98, que alterou em muito o sistema previdenciário brasileiro, determinou que o salário família seja devido apenas em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei.

Esse ponto *negativo* confere esse direito apenas em decorrência de existir dependente até 14 anos de idade, ou seja, inválido (quando então não independe de idade) e o obreiro perceber até R\$ 1.219,18².

2.3. Atividade penosa

Além dos adicionais de insalubridade e periculosidade, houve por bem o constituinte de 88 criar mais um adicional no inciso XXIII do art. 7º, como segue:“

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Nada contra esse adicional, destinado a atender aos reclamos daqueles que laboram em condições penosas. Mas existem problemas desde 1988. O primeiro é que não há lei e o adicional somente poderá formalmente ser direito quando deixar de ser programático, ante a ausência do meio legal que lhe foi reservado, ao qual caberá ditar parâmetros para sua concessão. O segundo é a definição mesma do que se deve entender por atividade penhora.

Alhures, escrevi:

[...] podemos considerar penosas, dentre outras, as seguintes atividades: trabalho permanente no subsolo em operações de corte, furação, desmonte e carregamento de frentes de trabalho, e em subsolo afastado das frentes de trabalho, galerias, rampas, poços, depósitos, exercício do magistério (causa fadiga subjetiva – estresse), trabalhadores em transportes rodoviários (motorneiros e condutores de bondes, motoristas e cobrados de ônibus, motoristas e ajudantes de caminhões), limpeza de chaminés, trabalho com grafite, carga e descargas de certas mercadorias, serviço de limpeza pública, trabalhador sujeito a cumprimento de metas (bancários e comerciários, sobretudo).³

2. Cf. [www.inss.gov.br/beneficios/salario-familia/valor-limite-para-direito-ao-salario-familia/]. Acesso em: 20.09.2018.

3. FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 319.

Esses elementos, no entanto, não decorrem de lei, mas de observação do cotidiano, e, em alguns casos, diante desse ponto *negativo*, costuma o adicional de penosidade ser inserido como clausula em normas coletivas autônomas.

2.4. Creches e pré-escolas

O direito trabalhista constante do inciso XXV do art. 7º contempla:

XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

Não se trata da redação original. Ao contrário, a de 1988 previa assistência gratuita aos filhos e dependentes até seis anos de idade, o que era muito mais benéfico ao trabalhador.

A Emenda Constitucional 53/2006, trazendo uma alteração *negativa*, reduziu a idade máxima para 5 anos, prejudicando o trabalhador e a criança. Andou mal o constituinte derivado, que não atentou para a realidade do obreiro brasileiro, com as imensas dificuldades de mobilidade urbana que prejudicam o acesso aos locais de trabalho e tornam tormentosa as condições de guarda dos menores, desprovidos de creches ou pré-escolas.

2.5. Automação

Que o mundo está se automatizando disse ninguém duvida. As máquinas modernas vão substituindo o homem lentamente. Acompanhamos a corrida vertiginosa do crescimento do desemprego estrutural, motivado pela tecnologia que a cibernética vai nos proporcionando.

No inciso XXVII do art. 7º da Constituição consta:

XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei;

Existe essa proteção? Acredito que seja possível identificar, de forma extremamente incipiente, a Lei 8.856, de 12.01.2000, que torna defeso o funcionamento de bombas de autosserviço operadas pelo próprio consumidor nos postos de abastecimento de combustíveis, em todo o território nacional.

Essa proibição objetivava manter o emprego dos frentistas. Realmente manteve, mas não ajudou em nada a criação de empregos e a redução do número de desempregados no Brasil.

Continua, então, faltando a lei, fazendo com que nos defrontemos com outro aspecto *negativo* dessa abordagem.

Nessa omissão lamentável, encontramos as 36 Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, que surgiram a partir da Portaria 3.214/78, visando a cuidar de controle no meio ambiente do trabalho para garantir o mínimo de sustentabilidade e de garantia de higiene do operário, preocupados com a segurança e a medicina do trabalho.

Fora isso, nada além...

2.6. Prescrição

Entre os direitos do trabalhador, a Assembleia Constituinte, solenemente, em 1988, determinou, no inciso XXIX do art. 7º o seguinte:

XXIX – ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

- a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;
 - b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;
- [...]

Eis um tema que precisa ser muito bem refletido, considerando que a prescrição nada mais é do que a perda do direito de ação ocasionada pelo transcurso do tempo, face a inércia de seu titular que não o exerceu. *Dormientibus non succurrit jus*.

É crível que, embora a prática chame de *direito trabalhista*, agiu equivocadamente o constituinte. A uma porque essa regra é processual e não deveria figurar num texto tipicamente de direito material. A duas, porque não é, a rigor, um direito do trabalhador, mas do contratante de seus serviços, que, ao cabo de certo tempo, fica desobrigado de retribuir qualquer direito faltante.

Fora essas críticas, devemos conviver com o dispositivo, e, com a Emenda Constitucional 28/2000, o que já não era ideal ficou mais *negativo* ainda. A nova e atual redação do inciso XXIX em comento dispõe:

XXIX – 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;

O constituinte derivado unificou os prazos prescricionais, eliminando a distinção entre urbano e rural dando trabalho igual a condições diferentes e, com isso, violando o multissecular princípio da igualdade, porque igualou desiguais.

2.7. Trabalho do menor

Afigura-se o tratamento do trabalho do menor o único da atual Constituição que tem tido tratamento *positivo*.

Com efeito, o inciso XXXIII do art. 7º possuía uma redação original, em 1988, e sofreu alteração, uma década depois, com a Emenda Constitucional 20/98.

O texto primitivo registrava:

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;

A atual previsão é a seguinte:

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Como facilmente se constata, menor de 16 anos não deve trabalhar, salvo a partir de 14 anos, como aprendiz, o que, em boa medida, é salutar, lembrando as medidas adotadas pela Lei 10.097/2015, criando o chamado *aprendiz legal* para admissão em médias e grandes empresas, a fim de proporcionar aos jovens o almejado primeiro emprego.

2.8. Direitos do doméstico

Imediatamente após a promulgação da Constituição de 1988, manifestei minha preocupação com a elevação a mandamento constitucional de uma atividade que caminha para o desaparecimento, que é a do trabalhador doméstico. Não que as pessoas que exerçam essa atividade devam ser relegadas a plano inferior ou ter tratamento discriminatório em relação aos demais. Ao contrário. A distinção que fazia o parágrafo único do art. 7º em sua versão primitiva excluía o doméstico de uma gama de direitos sob o véu de uma falsa proteção. Esse parágrafo único estava assim redigido:

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Os anos passaram e a condição do doméstico não mudou. Tampouco o constituinte derivado preocupou-se em inserir outras atividades.

A Emenda Constitucional 72/2013 ampliou esses direitos. Dos dez originais, passaram a 26 direitos. Para completar, a Lei Complementar 150/2015 veio regular a quase totalidade, menos, como era esperado, o inciso I do art. 7º a que me referi acima. Sua redação agora é:

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Com essas mudanças ampliativas, pode, agora, o Brasil ratificar a Convenção 189 da OIT, que cuida de trabalho doméstico, da mesma forma como está a conviver com o incremento de uma lamentável forma de precarização do trabalho. O que quero assinalar é que, como esse dispositivo, dando azo a *grandes conquistas* para esse grupo de trabalhadores, o que foi verdadeira e lamentavelmente conquistado foi a ampliação do número de diaristas, como reiteradamente tenho insistido ⁴.

Melhor teria andado o constituinte (original e derivado) se não tivesse incluído esse dispositivo na Lei Fundamental. É inútil e desnecessário, *data venia*, representando mais um ponto *negativo* no ambiente constitucional do trabalho brasileiro.

3. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ART. 114)

O art. 114 da Constituição cuida da competência material da Justiça do Trabalho. Originalmente, determinava:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Acredito, sinceramente, que era o quanto bastava. Afinal, na intenção do constituinte (sua *mens legislatoris*) toda vez que se cuidasse de trabalho humano no

4. Por todos, v. meu *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 109.

País, e houvesse litígio em torno, a competência era da Justiça do Trabalho. A ela, justiça, federal e especializada, tocava apreciar tudo (*tudo*) o que se referisse às relações de trabalho envolvendo seres humanos.

Porém, logo cedo, o Excelso Pretório entendeu que temas vinculados ao serviço público de todos os níveis deveriam ser objeto da Justiça Comum (federal ou estadual), e lá a competência trabalhista foi reduzida. Ademais, de fora ficaram questões referentes a acidentes de trabalho, crimes contra organização do trabalho e administração da própria Justiça do Trabalho e toda a matéria previdenciária, exceto as contribuições decorrentes de suas próprias decisões.

Mesmo sendo federal e especial, possuindo uma excelente e ampla estrutura em todo o país, representada por 24 tribunais regionais e mais de 1.500 agora Varas do Trabalho, deveria cuidar de questões exclusivamente celetistas.

Pela Emenda Constitucional 20/1998, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para executar de ofício as contribuições sociais decorrentes de suas próprias decisões, que era o § 3º do art. 114. Foi-lhe atribuída uma atividade de arrecadação e muita gente se sentiu incomodada. Só mais tarde se reconheceu a importância dessa novidade, quando se constatou que nenhum órgão do Estado arrecada mais para a Previdência Social no Brasil, além do próprio INSS, que a Justiça do Trabalho, mesmo tendo competência limitada às suas próprias decisões.

Pois é! Nada além disso se alterou, e assim foi até a Emenda Constitucional 45/2004, quando então, pensou a maioria (e continua pensando) a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada. Ampliada?, indaguei em artigo a respeito⁵, e respondi, como reitero agora, que foi um momento *negativo* para a Justiça do Trabalho, porque a ampliação que está ao longo dos nove incisos do *caput* do art. 114 é, na verdade, limitativa. E é porque dispõe tudo o que pode, em *numerus clausus*, sem abrir chance a outros momentos.

Lê-se no atual art. 114:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

5. Por todos os textos em que abordei essa limitação de competência, v. Ampliação da competência da Justiça do Trabalho. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, v. XVI, 2008. p. 173-178.

- III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*;
- VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Procurando os equívocos desse dispositivo, não será difícil notar que a principal característica da Justiça do Trabalho foi retirada: a busca da paz social. Antes, deveria *conciliar e julgar*. Agora, deve *processar e julgar*. Os núcleos de conciliação que são criados nos diversos regionais são iniciativa da própria Justiça do Trabalho por seus tribunais (Superior e Regionais) e determinação do Conselho Nacional de Justiça, não mais de comando constitucional.

O exame dos nove incisos do art. 114 demonstram a competência restritiva que a Justiça do Trabalho possuía. Continua sem apreciar questões do servidor público, de acidente de trabalho, de crimes contra a organização do trabalho e a administração dela própria, da totalidade da Previdência Social.

Para não dizer que não houve ampliação, a única novidade fica por conta do inciso VII, *as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho*, e nada mais.

Até mesmo quando se cuida de greve, se for no serviço público, a competência não é da Justiça do Trabalho embora em todo o Texto Constitucional não se encontre nenhum dispositivo atribuindo competência para apreciar matéria de greve salvo o art. 114, *b*, II.

Paciência! Resta esperar que, um dia, seja revista essa competência e realmente ampliada a da Justiça do Trabalho.

4. PODER NORMATIVO (§§ DO ART. 114)

Quando aprovada a CLT, com ela foi criado o poder normativo da Justiça do Trabalho, que significa, de modo extremamente objetivo, a competência para

legislar no lugar do Parlamento e da vontade das partes atribuída extraordinariamente ao Poder Judiciário.

Esse poder é muito criticado. Pouquíssimos o defendem, inclusive ao fundamento de que não há razão plausível para retirar dos próprios interlocutores sociais a sua capacidade de decidir seus direitos e interesses. Aryon Sayão Romita afirma:

O poder normativo não passa de um instituto anacrônico, imprestável para os fins a que se destina e incompatível com a organização democrática do Estado de direito.

O Estado de direito não desconfia dos atores sociais, pelo contrário, a democracia participativa exige o concurso dos atores sociais na elaboração do ordenamento jurídico que lhes diz respeito, contrariamente à filosofia política que predominava no Brasil à época em que a Justiça do Trabalho foi instituída⁶.

Data venia, penso de maneira diversa, em parte. É que, considerando o modelo do sindicato brasileiro, o sistema sindical que adotamos e a realidade de nosso país, de extrema diversidade socioeconômica, torna-se inconveniente a pura e simples eliminação desse sistema que, apesar de inadequado, serve para corrigir equívocos e omissões tanto dos parceiros sociais como do próprio legislador.

A realidade brasileira, a meu ver, indica que é necessário preservar o poder normativo, modulando-o e flexibilizando-o, até que tenhamos um sindicalismo verdadeiramente representativo e forte, sobretudo do lado dos trabalhadores. Até que isso ocorra, não é conveniente mudar.

No entanto, não é o que tem ocorrido, como se constata nos parágrafos do art. 114 da Constituição, num passo, na minha ótica, profundamente *negativo*.

Se o § 1º continua como original, mantendo a opção facultativa pela arbitragem como mecanismo de solução extrajudicial heterônoma de conflitos, o mesmo não se pode dizer com relação aos demais.

Em brevíssimos apontamentos, é possível destacar, com relação ao § 2º, a séria e prejudicial mudança introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004. No original, o texto registrava:

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do

6. ROMITA, Aryon Sayão. *Direito do trabalho* – Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998. p. 619-620.

Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

A redação em vigor é a seguinte:

§ 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.

A grande alteração foi a inserção da dicção *de comum acordo* no dito § 2º. Com isso, obstaculizou o acesso à Justiça do Trabalho por parte do sindicato de trabalhadores, que geralmente é que provoca a negociação que resultou infrutífera, e pretendeu, por essa via, acabar com o poder normativo típico desse segmento do Judiciário.

Com o excessivo número de sindicatos que existe no Brasil, fruto de uma pulverização exagerada, e fraqueza para negociar, temos entidades sindicais fracas e prejuízos evidentes para a classe operária. Por isso mesmo, devemos insistir na inconstitucionalidade dessa emenda constitucional e, nesse particular, o TRT da 8ª Região declarou a inconstitucionalidade incidental da dicção *de comum acordo*, no Proc. 0010197-11.2016.5.08.0000, em 04.09.2017, da minha relatoria, com fundamento em teoria defendida, na Alemanha, por Otto Bachof⁷, que admite esse procedimento se o constituinte derivado alterar direito consagrado pelo constituinte original.

Com isso, foi editada a Súmula fixando:

Súmula 66 – Inconstitucionalidade da Constituição. Respeito à cláusula pétreia. Dicção “de comum acordo”. Por violar cláusula pétrea (art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988), considera-se inconstitucional a dicção de comum acordo, inserta, pelo constituinte derivado, no § 2º do art. 114 do Texto Fundamental.

5. CONCLUSÃO

Arrematando o tema que se examina, e de tudo o quanto foi demonstrado, é visível que pouquíssimo foi mudado.

7. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. São Paulo: Almedina, 2009. p. 52.

Dos dez pontos analisados, apenas um é positivo, aquele referente ao trabalho do menor, porque, salvo o aumento da idade para ingressar no mercado de trabalho, tudo mudou para pior.

Ademais, muita coisa precisa ser regulamentada adequadamente para ser realmente posta em prática e vivenciada pelos trabalhadores, que, ao cabo, parecem ser os destinatários maiores desses direitos.

Uma coisa, todavia, é indubitosa, representada pela falta vontade política, que, entre outros, não regulamenta o principal direito trabalhista que é o do inciso I do art. 7º, a garantia de emprego.

Por isso mesmo, com todas as vênias, a Constituição de 1988 continua sendo, em muita coisa, uma bela e bem lançada *carta de intenções*.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Estado Democrático de Direito e direito fundamental ao trabalho digno, de Gabriela Neves Delgado – RT 925/305-320 (DTR\2012\450904);
- Fundamentos e evolução histórica dos limites da duração de trabalho, de Rodrigo Coimbra – RDT 158/117-141 (DTR\2014\9446); e
- Os impactos da evolução tecnológica nos direitos trabalhistas: o descompasso da lei em relação ao fato social, de Wilker Jeymisson Gomes da Silva – RT 980/187-204 (DTR\2017\1461).

O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DESSA MUDANÇA

THE AGREEMENT ABOVE THE LEGISLATION: A PROS AND CONS OVERVIEW

ANA PAULA DIDIER STUDART

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA.
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP,
Rede de Ensino LFG e Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.
Graduada pela Universidade Salvador – UNIFACS. Advogada.
anapaula@3s.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Trabalho

RESUMO: O presente artigo versa sobre um dos pontos mais polêmicos e discutidos da chamada reforma trabalhista, qual seja, a prevalência do negociado sobre o legislado. O objetivo deste trabalho é analisar o contexto no qual o assunto surgiu, do que se trata, de fato, esse assunto e quais são os argumentos favoráveis, que apontam aspectos positivos da referida mudança, bem como quais são os argumentos contrários, que apontam aspectos negativos da mesma.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista – Direito do trabalho – Negociação coletiva – Legislação trabalhista – Autonomia.

ABSTRACT: The present article deals with one of the most controversial and discussed points of the labor reform, that is the prevalence of the negotiated over the legislated. The purpose of this article is to analyze the context in which the subject arose, what this subject is really about, and what are the favorable arguments, which point out positive aspects of that change, as well as what are the contrary arguments, which point out aspects of the labor reform.

KEYWORDS: Labor reform – Labor law – Collective bargaining – Labor legislation – Private autonomy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve relato histórico. 3. Posicionamento doutrinário. 3.1. Opiniões favoráveis e aspectos positivos. 3.2. Opiniões contrárias e aspectos negativos. 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Muito tem se falado a respeito do “negociado sobre o legislado”. Essa expressão voltou a ser abordada pela doutrina e pela jurisprudência pátrias em razão de alguns projetos de leis, bem como pelo fato do mesmo compor a denominada reforma trabalhista. Antes de abordar esses projetos e as mudanças propostas nesse ponto da reforma trabalhista, é preciso definir o que se trata do “legislado” e do “negociado”.

O legislado é composto primordialmente dos direitos trabalhistas previstos nos arts. 7º a 11º da Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que é a principal legislação que regula o trabalho subordinado, isto é, aquele em que o trabalhador executa o serviço sob as ordens do patrão e é por ele remunerado.

O negociado se constitui nos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) ou Convenções Coletivas de Trabalho (CCT), que podem ser firmados pelos sindicatos das categorias dos trabalhadores com uma ou mais empresas (ACT) ou entre os sindicatos das categorias de trabalhadores e os sindicatos das categorias econômicas das empresas (CCT). Os primeiros aplicam-se apenas aos contratos de trabalho firmados entre os empregados e as empresas signatárias. Já as CCTs aplicam-se a todos os contratos de trabalho firmados entre os trabalhadores e as empresas, que estejam no âmbito de representação das entidades sindicais signatárias.¹

Os ACT e CCT são normas coletivas de trabalho, juridicamente reconhecidas no texto constitucional. Essas normas podem estipular outras condições de trabalho, que também regerão os contratos de trabalho por elas abrangidos.

O art. 7º da Constituição Federal dispõe e elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Esse artigo consagra o que a doutrina jurídica denomina de princípio da vedação do retrocesso social, aplicável aos direitos humanos em geral e também aos direitos humanos do trabalho. Segundo esse princípio, a inovação legislativa ou normativa deve ocorrer para beneficiar os trabalhadores. Contudo, o próprio texto constitucional, ao dispor sobre os diversos direitos dos trabalhadores, também estabelece aqueles em que os sindicatos de trabalhadores, empresas e respectivas

1. TEIXEIRA, João Carlos; KALIL Renan Bernardi. *O negociado sobre o legislado*. Disponível em: [www.granadeiro.adv.br/destaque/2016/06/07/o-negociado-sobre-o-legislado]. Acesso em: 29.06.2018.

organizações sindicais podem dispor de outra forma, para adequar as condições de trabalho à realidade das empresas.

Assim, por exemplo, a Constituição autoriza a negociação coletiva para tratar da redução de salário e/ou de jornada. A CLT também autoriza a redução do intervalo mínimo de uma hora para almoço, uma vez atendidas as exigências das autoridades do Ministério do Trabalho em matéria das condições ambientais dos refeitórios.

A prevalência da negociação coletiva sobre o legislado não é fenômeno atual. Essa possibilidade sempre foi permitida no sentido de favorecer o trabalhador, através da concessão de direitos e vantagens não previstos na lei ou melhorando o mínimo nela estabelecido. Contudo, agora está também permitida a redução dos direitos e benefícios assegurados. A convenção e os acordos coletivos perderão seu papel de fonte suplementar do Direito do Trabalho para assumir um papel de regulador de interesses e objetivos econômicos, sob a retórica da necessidade de se criar mais empregos ou manter os postos de trabalho existentes.

Dessa forma, nesse ponto em questão, previsto na reforma trabalhista que entrou em vigor em novembro de 2017, as condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre o disposto em lei, no que tange aos assuntos previstos no art. 611-A da Lei 13.467/2017, que alterou a CLT. Em suma, a prevalência do negociado autoriza a redução de direitos previstos em lei por meio de acordos ou convenções coletivas.

O entendimento tradicional da doutrina é no sentido de que deve prevalecer a norma mais favorável ao empregado, como decorrência do princípio da proteção, inerente ao Direito do Trabalho, em consonância com o artigo 7º, *caput*, da Constituição da República. Ainda assim, admitia-se a flexibilização de direitos trabalhistas, por meio de negociação coletiva, nas hipóteses de redução de salário, compensação e redução da jornada de trabalho e turnos ininterruptos de revezamento (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV, da Constituição Federal de 1988), justamente com os objetivos de proteção do emprego e de adaptação às atuais condições sociais e econômicas.² Nesse contexto, as convenções e acordos coletivos, como instrumentos normativos decorrentes da autonomia coletiva dos particulares, são expressamente reconhecidos no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República.

2. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 111-113.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO

É importante esclarecer como surgiram essas propostas de prevalência do “negociado sobre o legislado”, em que contexto começaram a ser discutidas e sugeridas, até se analisar a situação atual, adentrando nas perspectivas e diversas correntes existentes.

Após a Revolução Industrial, estando vigente o pensamento liberal, que pregava a liberdade entre as partes, acreditava-se que as relações privadas eram equilibradas e equivalentes. Nesse período, surgiram os contratos que regem os trabalhos autônomos e defendia-se que a autonomia privada e negocial, bem como a liberdade das partes de pactuar, assim como o livre consentimento, eram bases razoáveis e suficientes para reger as relações, sendo desnecessária qualquer intervenção externa. No referido período, o Estado era visto como único violador ou potencial violador dos direitos fundamentais e conseqüentemente da dignidade da pessoa humana, haja vista ser o detentor do poder. Tal ameaça não era reconhecida nas relações privadas porque, conforme exposto, as mesmas eram pelo menos na teoria, pautadas na ideia de que todos eram iguais, não havendo, portanto, nenhuma violação ou ofensa aos direitos fundamentais.

Contudo, com as relações de trabalho se difundindo, a sociedade passou a perceber que a ideia de igualdade entre as partes era apenas formal e, na prática, isso não ocorria. Já nos primeiros tipos de contratos de trabalho firmados percebeu-se uma dicotomia muito grande entre as partes e uma inevitável divisão entre o detentor do “poder” e o subordinado a este. No âmbito do direito do trabalho, trata-se respectivamente do empregador e do empregado. Verificando-se, portanto, a desigualdade existente entre os particulares e, por conta dessa desigualdade, a violação à liberdade individual e coletiva de determinadas pessoas, percebeu-se a necessidade de aplicação, observância e garantia dos direitos fundamentais também nas relações privadas.

Assim, o Estado deixou de ser o único sujeito passivo dos referidos direitos, passando a ser também responsável pela garantia dos mesmos, inclusive nas relações privadas. Trata-se de uma busca pelo equilíbrio nas relações, pela concretização da igualdade entre os homens e pelo respeito às liberdades individuais e coletivas, configurando-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A ideia nunca foi de aplicação ilimitada e sem critérios desses direitos nas relações privadas. Os princípios do direito privado continuam a ser observados também nas hipóteses de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. O que se busca é uma garantia dos direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, também no âmbito privado e o equilíbrio nas relações e a preservação da dignidade da pessoa humana.

Sobre o assunto, Valdete Souto Severo dispõe:

Um dos tantos reflexos da modernidade é justamente a centralidade do indivíduo. O homem passa a buscar as verdades em si mesmo. E como perde suas referências incontestáveis, pois não está mais atrelado à vontade de Deus e da natureza, precisa ser um sujeito autorreferente. Daí toda a construção teórica moderna acerca da autonomia como capacidade para negociação. Aliás, é esse conceito de autonomia, denunciado como falacioso por autores como Marx, Nietzsche ou Freud, que confere ao homem a liberdade para exercer sua vontade sobre o outro, sobre o mundo e sobre a natureza. É também ele que permite a mágica pela qual um ser humano consegue, pretensamente preservando sua autonomia, ser ao mesmo tempo sujeito e objeto de um contrato. É o que ocorre na relação de emprego: quem trabalha é sujeito, porque contrata “livremente”, mas também é objeto, porque a troca se dá justamente entre remuneração e força de trabalho (que não se desgruda do trabalhador). Essa é a autonomia moderna: liberdade para vender tempo de vida e saúde (basta pensar nas hipóteses de trabalho insalubre); liberdade para assumir as consequências do próprio fracasso.³

A ideia do “negociado sobre o legislado” tem relação direta e exige uma análise histórica para ser entendida. A expressão ganhou espaço no discurso trabalhista da década de 1990 e retornou atualmente com vigor. O “negociado sobre o legislado” representa uma tentativa de flexibilizar a proteção das normas fundamentais trabalhistas e esteve em alta no governo de Fernando Henrique Cardoso, com a proposta de alteração do art. 618 da CLT.

O então Ministro do Trabalho, Francisco Dornelles, empenhou-se na aprovação do Projeto de Lei 5.483/01, que admitia uma flexibilização mais ampla da legislação trabalhista, dando nova redação ao art. 618 da CLT, fazendo prevalecer o negociado sobre o legislado, ressalvados os direitos constitucionais mínimos, lei complementar, Programa de Alimentação do Trabalhador-PAT, vale-transporte, FGTS e as normas de medicina e segurança do trabalho.

O texto aprovado pela Câmara dos Deputados tinha a seguinte redação:

Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa de vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.

§ 1º A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as

3. SEVERO, Valdete Souto. *O negociado sobre o legislado*. Disponível em: [www.anamatra.org.br/artigos/o-negociado-sobre-o-legislado]. Acesso em: 27.06.2018.

Leis 6.321, de 14 de abril de 1976 (relativa ao programa de alimentação do trabalhador), e 7.418, de 16 de dezembro de 1985 (relativa ao vale-transporte), a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho.

§ 2º Os sindicatos poderão solicitar o apoio e o acompanhamento da central sindical, da confederação ou federal a que estiverem filiados quando da negociação de convenção ou acordo coletivo previstos no presente artigo.

No dia 04 de dezembro de 2001, foi aprovado pela Câmara dos Deputados o referido projeto de Lei 5.483/01. Com a eleição do então presidente Lula, o PLC 134/01 (número que recebeu o PLS. 481/01 no Senado Federal) foi retirado pelo novo governo, na esperança de que se conseguisse, com o Fórum Nacional do Trabalho, um consenso quanto à reforma em pontos específicos da CLT, assim como quanto à questão da flexibilização e de seus limites. Ocorre que o referido Fórum não teve como consequência a apresentação de consensos que legitimassem qualquer mudança mais profunda no ordenamento jurídico trabalhista.

Assim, o projeto apresentado ainda no governo de Fernando Henrique chegou a ser aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal sob o número PLC 134/01. Em 08.05.2003, o então presidente Lula solicitou a retirada do projeto, que foi arquivado somente 11 meses depois, em junho de 2004.

Depois disso, vários projetos de iniciativa de parlamentares foram apresentados, com idêntico conteúdo, sem ambiente para aprovação. Mais recentemente, quando da discussão do projeto do PPE (Programa de Proteção ao Emprego), houve a tentativa de inclusão de emenda parlamentar acrescentando artigo nessa linha. O artigo, incorporado ao projeto que pretendia converter em lei essa MP, alterava a redação do 611 da CLT, para acrescentar parágrafos que autorizam a prevalência de condições estabelecidas em normas coletivas, em detrimento dos direitos contidos na CLT.

Por pouco a mudança não foi aprovada em setembro de 2015, depois de ter sido incluída como emenda à Medida Provisória 680, que criava o Programa de Proteção ao Emprego (PPE). Um mês depois, em outubro, a proposta reapareceu no documento *Ponte para o Futuro*, uma espécie de carta programa do PMDB para um eventual novo governo. O documento se comprometia “na área trabalhista, permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais”.

Recentemente, o tema voltou a ser discutido através dos Projetos de Lei 4193/2012 e 4962/2016, visando prestigiar as condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, prevalecendo sobre o disposto em lei. Para a legalidade da convenção ou acordo coletivo de trabalho, os

Projetos de Lei estabelecem que o documento não contrarie a Constituição Federal, as normas de medicina e segurança do trabalho e que determinem uma vantagem compensatória em relação a cada cláusula redutora de direito legalmente assegurado, tudo isso por período pré-fixado. Além dos referidos projetos, o principal e mais discutido nos últimos meses foi o Projeto de Lei 6.787/2016, conhecido amplamente como “Reforma Trabalhista”, que propôs diversas alterações na CLT e foi aprovado no mês de julho de 2017 pelo Senado sendo, em seguida, sancionado pelo presidente em exercício, Michel Temer.

O referido projeto de lei deu origem a Lei 13.467/2017, publicada em 14.07.2017 no *Diário Oficial da União*, que passou a valer 120 dias depois e prevê a prevalência do negociado sobre o legislado em seu art. 611-A, que dispõe, *in verbis*:

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 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.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 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.

Além de estabelecer quais são os pontos que podem ser negociados e prevalecer sobre a lei, a nova redação da CLT configura, no art. 611-B, como objeto ilícito, a supressão, por convenção ou acordo coletivo, de determinados direitos, como se lê, *in verbis*:

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

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

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

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

IV – salário mínimo;

V – valor nominal do décimo terceiro salário;

VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII – salário-família;

IX – repouso semanal remunerado;

X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI – número de dias de férias devidas ao empregado;

- XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- XIX – aposentadoria;
- XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
- XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
- XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
- XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
- XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
- XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
- XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
- XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;
- XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

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

Essas mudanças trazidas pela reforma suscitaram muita polêmica e opiniões divergentes, porque o meio sindical profissional entende que a negociação coletiva em tempos de crise pode acarretar a precarização dos direitos do trabalhador. Em contrapartida, os empresários defenderam a aprovação desses projetos, porque entendem que a negociação coletiva nesse período pode preservar o funcionamento das empresas e, por via de consequência, a manutenção dos postos de trabalho.

Nos tópicos seguintes, os posicionamentos doutrinários serão analisados, expondo as correntes que apontam os pontos negativos e positivos da prevalência do negociado sobre o legislado, bem como o recente entendimento dos tribunais pátrios.

3. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Como já exposto, apesar de se tratar de um tema muito atual, objeto de discussões recentes no meio jurídico e na mídia em geral, o assunto em questão não é novo, já sendo objeto de opiniões diversas há alguns anos. O contexto atual do País e a denominada reforma trabalhista, recentemente aprovada, contudo, fizeram surgir novos argumentos e fundamentos tanto contrários como favoráveis ao tema. Nos subtópicos a seguir tais posicionamentos serão abordados, elencando os principais aspectos de cada corrente.

3.1. *Opiniões favoráveis e aspectos positivos*

A corrente que defende a prevalência do negociado sobre o legislado como uma mudança positiva utiliza-se como primeiro fundamento as convenções 98 de 1949 e 154 de 1981 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) que foram ratificadas pelo Brasil e propõem aos países signatários que prestigiem a negociação coletiva como forma de composição dos conflitos coletivos de trabalho. Tais fundamentos são utilizados por alguns autores, bem como constam no PL 4962/2016 como justificativa do projeto, como se lê:

No caso da Convenção 98 da OIT, sobre a “Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva”, com seu texto aprovado pelo Decreto Legislativo 49, de 1952, e promulgada no Brasil pelo Decreto 33.196/53,

de Getúlio Vargas, cujo art. 4º, dispõe expressamente que: “Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego” [...].

Ou seja, para se fomentar e promover a negociação coletiva, as autoridades nacionais, sejam executivas, legislativas e judiciárias, devem adotar as medidas necessárias de estímulo e não comprometimento da negociação coletiva. E isto desde os tempos de Getúlio Vargas.

No caso da Convenção 154, sobre o “Incentivo à Negociação Coletiva”, com seu texto aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 22, de 1992, e promulgada pelo Decreto 1.256/94 do Poder Executivo, a OIT foi mais além, ao dispor, em seu artigo 8º, que “as medidas previstas com o fito de estimular a negociação coletiva não deverão ser concedidas ou aplicadas de modo a obstruir a liberdade de negociação coletiva” (...). Ou seja, prestigiar e incentivar a negociação coletiva significa não obstruí-la pelo excesso de intervencionismo estatal nas relações laborais passíveis de negociação coletiva.

Em suma, sob o prisma da normativa internacional ratificada pelo Brasil, as autoridades executivas legislativas e judiciárias devem não apenas estimular, incentivar e promover a negociação coletiva direta entre empregadores e trabalhadores, através de suas entidades sindicais, mas especialmente não as obstruir pelo excesso de intervencionismo restritivo daquilo que possa ser objeto das normas coletivas.

Os defensores da prevalência do negociado sobre o legislado argumentam que a Constituição Federal de 1988 observou o disposto nas referidas convenções da OIT ao dispor expressamente sobre o estímulo à negociação coletiva, como também ao balizar perfeitamente os limites da autonomia negocial coletiva, em seu art. 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, que dispõem:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI – irredutibilidade 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;

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

[...]

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

[...]

A referida corrente defende, portanto, que as convenções e acordos coletivos de trabalho são fontes formais e materiais de estabelecimentos de direitos trabalhistas e que, no caso de salário e jornada de trabalho, é possível sua redução, mediante tutela sindical, estando tal previsão expressa na Constituição. Para os defensores da prevalência do negociado sobre o legislado, normas legais que disponham sobre verbas salariais e jornada de trabalho são passíveis de flexibilização, desde que esta se faça através de negociação coletiva entre empresas e sindicatos.

Os autores que opinam a favor da prevalência dispõem, contudo, que em se tratando de normas de medicina e segurança do trabalho, processuais ou relativas a direito de terceiros (como FGTS), não há margem para a flexibilização. Mas em se tratando de salário e jornada, com vantagens compensatórias ofertadas pelas empresas para flexibilizar determinados direitos, não há como se falar em nulidade das cláusulas. E muito menos anulação apenas das cláusulas desvantajosas ao trabalhador, sem a anulação do próprio negócio jurídico materializado no acordo ou convenção coletiva, já que fruto de mútuas concessões, ou a anulação concomitante das vantagens compensatórias outorgadas pelo setor patronal.

Com relação a Medida Provisória 680/15, que instituiu o Programa de Proteção ao Emprego (PPE), o tema em questão também foi abordado, conforme exposto anteriormente. Entre os fundamentos, estava o fato de que a MP deixa claro que é possível flexibilizar salário e jornada em períodos de retração econômica global ou setorial, mediante negociação coletiva, a bem do próprio trabalhador. A proposta da MP é que as empresas e sindicatos, para preservar empregos, possam reduzir jornadas e salários em até 30%, mediante acordos coletivos de trabalho, sendo que o governo colaboraria com os trabalhadores, destinando recursos do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) para compensar parte da perda salarial havida. Para os defensores dessa MP, a mesma constitui reprodução, em nível infraconstitucional, do que dispõe a Constituição Federal quanto à flexibilização das normas legais que dispõem sobre jornada e salário, mediante tutela sindical.

A justificativa da referida MP é o contexto econômico de recessão que o Brasil vem passando, com aumento significativo da inflação e do desemprego e redução da produtividade. O objetivo da referida medida é a preservação de empregos, a recuperação econômico-financeira das empresas, o fomento à negociação coletiva.

A situação econômica do Brasil também é um dos principais argumentos utilizados pelos que defendem a prevalência do negociado sobre o legislado, principalmente no que tange a denominada reforma trabalhista. Considerando a grave crise que atingiu o País, muitos autores dispõem que a solução para que novas perspectivas surjam e o Brasil consiga superar a recessão que vem enfrentando é a flexibilização da legislação trabalhista. Para essa corrente, flexibilizar e até mesmo reduzir os direitos dos trabalhadores diminuiria os riscos e os custos das empresas, aumentando suas margens de lucro e possibilitando a criação de novos empregos e manutenção dos já existentes.

Outro fundamento muito utilizado pelos defensores dos aspectos positivos da prevalência do negociado sobre o legislado é que a CLT tem uma importância indiscutível, mas se encontra desatualizada e em desacordo com a realidade do país, o que também justificaria a denominada reforma trabalhista. As transformações que ocorrem em nível global e nacional mostram que as relações trabalhistas exigem um novo olhar, que permita novas oportunidades e o crescimento do empreendedorismo, das empresas e a consequente criação de novas formas de trabalho para os brasileiros. A corrente que defende que o negociado prevaleça sobre o legislado fundamenta que a negociação coletiva, principalmente no período de crise, pode preservar o funcionamento das empresas e a manutenção dos postos de trabalho. Essa foi uma das justificativas mais utilizadas pelos defensores da reforma trabalhista e consequentemente da prevalência do negociado sobre o legislado.

Sobre o tema, o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC elaborou uma cartilha que dispôs:

Como faca de dois gumes, a CLT acerta quando fixa patamares básicos para regular uma relação que sempre foi muito desigual entre capital e trabalho, posicionando-se em favor do mais fraco. Confere ao Poder Judiciário instrumentos para assegurar um mínimo de equilíbrio numa anteposição que tradicionalmente é muito desequilibrada.

Mas a lei tolhe a autonomia dos trabalhadores e empresários, impondo uma tutela do Estado, que como toda tutela, se converte em barreira para o estabelecimento de um equilíbrio mais consciente. Afora isso, é da mais absoluta sensatez reconhecer que uma lei datada dos anos 1930 e 1940 não consegue responder de forma adequada ao cenário de um país que viveu mudanças profundas em sua economia, organização social e vida política⁴.

4. Cartilha ACE – Acordo Coletivo Especial. Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, p. 13 e 18.

Assim, os defensores dos aspectos positivos do tema em questão sustentam que é preciso reconhecer que a atual legislação não resolve todas as demandas e conflitos, bem como não atende as expectativas dos trabalhadores e empresas em situações únicas, específicas para as quais a aplicação do direito no padrão celetista não mais alcança resultados satisfatórios. Outro argumento muito utilizado pelos defensores da prevalência é que a mesma valorizaria a negociação coletiva, promovida de forma democrática e regular, o que iria estimular e fortalecer práticas sindicais sérias e diferenciadas.

Além disso, outra alegação da corrente que aponta aspectos positivos é que os sindicatos se apropriam do legislado para inclusão nas negociações. Sobre esse aspecto, Paulo Sérgio João afirma:

Na análise, portanto, do conteúdo das negociações coletivas constata-se que os sindicatos se apropriam do legislado para inclusão nas negociações, demonstrando a preservação da proteção legal no âmbito da categoria profissional. Também, se considerarmos o atual teor da Súmula 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”), em torno da ultratividade das normas coletivas, as condições negociadas ainda que sejam representadas por repetição de dispositivo de lei, têm efeitos jurídicos no âmbito da obrigação que gera para as empresas que integram a categoria econômica.

Não se justificaria pois, no nosso entendimento, o temor do negociado sobre o legislado, merecendo apenas mais atenção das entidades sindicais no conteúdo das condições negociadas e de valorização jurídica dos seus efeitos obrigacionais.⁵

Por fim, um outro fundamento da corrente que aponta a prevalência do negociado sobre o legislado como positiva é que a Constituição prestigiou a autonomia coletiva da vontade como forma de o trabalhador contribuir para a formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho (artigo 7º, inciso XXVI, CF). Além disso, de acordo com a própria Constituição, o trabalhador não estaria em condição de hipossuficiente quando representado pelo sindicato.

Para os defensores, seria uma valorização da autonomia das partes, além de aperfeiçoar a negociação coletiva, reconhecendo o direito de sindicatos organizados a

5. JOÃO, Paulo Sergio. *Temor em relação ao negociado sobre o legislado não tem fundamento*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-set-23/negociado-legislado]. Acesso em: 27.06.2018.

partir do local de trabalho e empresas criarem normas que resolvam boa parte de suas demandas. Não seria, portanto, a revogação de leis já existentes, mas, sim, a criação de instrumentos que possibilitem trabalhadores e empregadores estabelecerem normas condizentes com especificidades da relação existente.

Nesse sentido, ressalta-se a importância da negociação e da consciência coletiva. Como afirmado e defendido por Durkheim, os fatos sociais precisam ser lidos como coisas e o ser coletivo tem uma natureza *sui generis* e a consciência coletiva é distinta da consciência individual. Para Durkheim, o sujeito, isoladamente, não deve ser tomado como ideal para análise da sociologia, o que deve ser levado em consideração para o autor é o foco no indivíduo em um contexto de realidade de convívio social de forma objetiva, para caracterizar o ser grupal e em coletividade. Pela perspectiva durkheimiana, o fato social é um fenômeno que se dá coletivamente.⁶

Percebe-se, portanto, que a base dos argumentos que apontam o referido ponto da reforma como positivo é justamente a mudança e a necessidade de adequação da legislação trabalhista à atualidade, além do fato da crise econômica enfrentada pelo País implicar na necessária reforma trabalhista e consequente flexibilização da legislação. Para os que defendem a prevalência do negociado sobre o legislado como uma mudança positiva, a própria Constituição previu a possibilidade de se ajustarem condições de trabalho mediante acordo ou convenção coletiva, não havendo o que se falar em impossibilidade de sobreposição do convencionado sobre o legislado, mesmo porque a Carta Magna não fez qualquer restrição de normas *in mellius* ou *in pejus* para dar validade à negociação.

3.2. Opiniões contrárias e aspectos negativos

Apesar de alguns autores defenderem e utilizarem os argumentos elencados no tópico anterior, a grande maioria da doutrina e os diversos setores da sociedade brasileira criticam de forma veemente e expõem muitos argumentos contrários à prevalência do negociado sobre o legislado, bem como da reforma trabalhista como um todo. Sem adentrar no mérito da constitucionalidade ou não da forma como foram propostos ou elaborados as Medidas Provisórias e os Projetos de Lei que englobam o tema em questão, será abordado o fundamento do assunto em si, qual seja, a prevalência do negociado sobre o legislado.

6. DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 7-13.

Um dos argumentos básicos dos críticos ao tema em questão é que a Constituição Federal admite a redução de salários e/ou jornada em situações excepcionais, não podendo ser uma regra banalizada. Os dispositivos do art. 7º impõem aos sindicatos negociantes, como pressuposto de validade da contratação coletiva a esse respeito, o reconhecimento de uma crise de âmbito nacional ou na estrutura da empresa que admita a pactuação temporária e limitadamente regressiva de salários, entendida como algo extraordinária. Assim, não seria uma regra a ser expandida ou tornada habitual.

Além disso, o art. 7º da Constituição Federal não estabeleceu limite máximo de direitos para os trabalhadores, mas, sim, um piso, ou seja, um limite mínimo, tendo atribuído aos sindicatos a busca constante do aperfeiçoamento das garantias sociais. Assim, os críticos ao tema em questão afirmam que o inciso XXVI do art. 7º não pode ser lido de forma isolada, como se fosse permitido e aceita qualquer negociação, inclusive prejudicial aos trabalhadores.

Sobre o assunto, expõe Mauricio Godinho Delgado:

Pelo *princípio da adequação setorial negociada* as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).⁷

São consideradas parcelas de indisponibilidade absoluta aquelas asseguradas por normas de ordem pública, por constituírem *patamar civilizatório mínimo* das relações de trabalho. Tais direitos não poderiam ser reduzidos, sequer mediante negociação coletiva, sob pena de afronta à dignidade da pessoa humana e à valorização do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB/88, artigos 1º, III, e 170).

Nesse sentido, o ex-presidente da ANAMATRA, Germano Silveira de Serqueira defende:

Uma lei que autorize negociação contra vantagem legal mínima é altamente preocupante. Nesse sentido, por exemplo, apenas para lembrar alguns aspectos

7. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1465-1466.

ruinosos que podem ser agravados por normas coletivas mal convencionadas, temos a própria duração de contrato de trabalho (os contratos de experiência que poderiam ter prazo estendidos por acordos ou convenção coletiva), podendo ser disciplinados de uma forma diferente e prejudicial, o mesmo ocorrendo com a regulação legal dos descontos por danos causados pelo empregado, ainda que involuntários.

Mais que isso. Fracionamento de 13º salário, que poderia ser completamente fatiado, como outros direitos e conquistas, sem esquecer o prazo legal para a rescisão do contrato, que simplesmente poderia ser remarcado sabe-se lá de que modo, ou mesmo o pagamento de horas extras e seus reflexos e seguir a mesma linha. Por todas essas razões, é importante reafirmar que medida dessa ordem, indubitavelmente inconstitucional, representa uma grave lesão à ordem jurídica e à história de conquista sociais consolidada no processo constituinte de 1988, de modo que sobrepor o negociado sobre o legislado significa a possibilidade indevida de ruptura com a dignidade do trabalho em um ambiente em que deve prevalecer a cultura da consolidação dos direitos fundamentais.⁸

Para os críticos da mudança em questão, o que se pretende é reduzir direitos dos trabalhadores e, dessa forma, diminuir os riscos e os custos das empresas, aumentando suas margens de lucro. Segundo essa corrente, a CLT, tão criticada pelos empregadores, vem sendo reformada desde a segunda metade do século passado, o que não justificaria a proposta de prevalência do negociado sobre o legislado sob o fundamento de necessidade de mudanças e reformas na legislação.

Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior dispõe:

É totalmente equivocado, desse modo, considerar que acordos e convenções coletivas de trabalho possam, sem qualquer avaliação de conteúdo, reduzir direitos trabalhistas legalmente previstos, simplesmente porque a Constituição previu o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (inciso XXVI, do art. 7º) e permitiu, expressamente, por tal via, a redução do salário (inciso VI, art. 7º), a compensação da jornada (inciso XIII, art. 7º) e a modificação dos parâmetros da jornada reduzida para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV, do art. 7º).

Ora, o artigo 7º, em seu “caput”, deixa claro que os incisos que relaciona são direitos dos trabalhadores, ou seja, direcionam-se a um sujeito específico, o trabalhador, não se podendo entendê-las, conseqüentemente, como algum

8. SIQUEIRA, Germano Silveira de. *Negociado sobre o legislado: afronta aos direitos sociais*. Disponível em: [<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/negociado-sobre-o-legislado-afronta-aos-direitos-sociais/>]. Acesso em: 28.06.2018.

tipo de proteção do interesse econômico dos empregadores. Além disso, as normas são, inegavelmente, destinadas à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Não se pode ver nos preceitos fixados nos incisos do art. 7º os fundamentos jurídicos para fornecer aos empregadores a possibilidade de, por um exercício de poder, induzirem os trabalhadores, mesmo que coletivamente organizados, a aceitarem a redução dos direitos trabalhistas legalmente previstos, ainda mais quando tenham sede constitucional e se insiram no contexto dos Direitos Humanos.⁹

Percebe-se que os críticos da prevalência do negociado sobre o legislado entendem que a negociação coletiva em tempos de crise pode acarretar a precarização dos direitos do trabalhador. Para essa corrente, ter a CLT ao lado da Constituição das normas internacionais de proteção ao trabalho como um parâmetro mínimo é a condição para que os sindicatos não sejam pressionados e acabem por concordar ou chancelar a perda de direitos. Alguns dos críticos¹⁰ afirmam que se o objetivo fosse, realmente, valorizar a autonomia coletiva, bastava reconhecer eficácia ao inciso I do art. 7º da Constituição, que garante proteção contra a despedida ou a ultratividade às normas mais benéficas, incorporando-as aos contratos de trabalho.

O principal argumento contrário e que expõe o tema em questão como uma mudança negativa, portanto, se baseia na ideia de que é uma falsa ilusão pensar que os empregados são livres para negociar através dos sindicatos num contexto capitalista porque a referida liberdade encontra diversas restrições. Assim, o objetivo de fortalecer os sindicatos com uma suposta autonomia seria uma forma de retirar direitos mínimos dos trabalhadores, que foram conquistados com muito esforço e muita luta. Trata-se, portanto, para os críticos em questão, de um grande retrocesso nas relações de trabalho, haja vista possibilitar a flexibilização e a criação de condições para precarizar os direitos dos trabalhadores.

Além disso, quem possui opinião contrária a prevalência do negociado sobre o legislado defende que o sistema jurídico já prevê a possibilidade dessa preva-

9. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Negociação coletiva de trabalho em tempos de crise econômica*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI76615,81042-Negociacao+Coletiva+de+Trabalho+em+tempos+de+crise+economica]. Acesso em: 27.06.2018.

10. É o caso de Valdete Souto Severo (Disponível em: [www.anamatra.org.br/artigos/o-negociado-sobre-o-legislado]. Acesso em: 27.06.2018) e João Carlos Teixeira e Renan Bernardi Kalil (Disponível em: [www.granadeiro.adv.br/destaque/2016/06/07/o-negociado-sobre-o-legislado]. Acesso em: 27.06.2018)

lência, mas existe um limite muito claro, qual seja, o de que a negociação coletiva só se sobreporá à lei no caso de ser mais benéfica para os trabalhadores do que as previsões legais. Para os críticos, portanto, não há no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade legal de criação de situações que tornem as condições de trabalho mais precárias.

Por fim, um outro argumento utilizado pela corrente que critica o tema em questão e aponta a mudança como negativa é que é preciso ponderar sobre o poder que se pretende dar aos sindicatos, uma vez que os mesmos ainda estão em desenvolvimento. Isso porque alguns sindicatos são fundados não para representar os interesses dos seus filiados, mas sim para arrecadar imposto sindical. Assim, esses sindicatos não teriam legitimidade e nem interesse de negociar a expansão dos direitos para os trabalhadores, pelo contrário, provavelmente iriam apenas negociar a redução dos mesmos.

A base principal dos fundamentos de quem é contra e entende a prevalência do negociado sobre o legislado como negativa é a opinião de que isso acarretaria uma redução drástica dos direitos dos trabalhadores, configurando um verdadeiro retrocesso social, haja vista todos os anos de luta e esforço dos mesmos para conquistas de suas garantias. Para essa corrente, a justificativa de valorização da negociação coletiva e da autonomia das partes é apenas uma forma de camuflar o real interesse de restringir os direitos dos trabalhadores e, conseqüentemente, reduzir custos das empresas e aumentar seus lucros.

4. CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho é fruto de relações e reações humanas, o que traz a ideia de proteção, devido à desigualdade e ao desequilíbrio entre as partes, o que se confronta atualmente com as mudanças no campo do trabalho, trazendo a ideia de retorno ao Estado-mínimo.

Pela grande competitividade entre as empresas trazidas por essas novas relações busca-se um mínimo de interferência estatal, para que as partes da relação trabalhista possam acordar sobre o que melhor lhes convém, é a chamada flexibilidade, além de muito ser discutido sobre a reforma na legislação trabalhista.

Por conta dessas mudanças e da alegada necessidade de flexibilidade e reformas, muito tem se discutido sobre a adaptabilidade das normas trabalhistas em face das mudanças ou das dificuldades econômicas. A alternativa encontrada e defendida por muitos é a prevalência do negociado sobre o legislado, alegando-se que as mudanças das condições de trabalho poderão ser feitas através de negociação coletiva e com a participação dos sindicatos, sendo que tal negociação terá valor de lei.

Ainda na negociação, empregadores e empregados podem levar em conta as suas reais necessidades e possibilidades. Contudo, é fundamental que nesse campo a legislação trabalhista discipline e estabeleça um mínimo, para evitar abusos de quem detém o poder econômico, como foi feito no art. 611-B. Deve-se cuidar para que os direitos conquistados ao longo da história não sejam revogados ou simplesmente esquecidos. As normas trabalhistas necessitam, sem dúvida, de maior dinamismo, mas sempre respeitados princípios gerais e normas constitucionais, bem como princípios próprios deste ramo, sem esquecer a que veio o Direito do Trabalho: a proteger o trabalhador.¹¹

É importante lembrar que a negociação coletiva é uma via de mão dupla, que tanto pode ampliar os direitos do trabalhador quanto reduzir momentaneamente alguns deles, conforme previsão da própria Constituição Federal. Por isso, é fundamental que a negociação busque equilíbrio e convivência pacífica entre os fatores de produção: empresa, capital e trabalho; garanta vantagem compensatória para cada cláusula redutora de direito legalmente previsto e assegure eficiência e eficácia a tudo o que foi ajustado, tudo de molde a preservar os postos de trabalho, vez que não há nada mais valioso do que o trabalho, por meio do qual é garantida ao trabalhador sua dignidade.

Acredita-se que, com a autorização e previsão da prevalência do negociado sobre o legislado, os entes sindicais irão amadurecer, na medida em que os próprios trabalhadores representados pela categoria terão maior consciência na hora de eleger os seus representantes e decidir o seu futuro, bem como irão cobrar uma postura mais ativa e efetiva desses representantes.

Para que a Justiça do Trabalho seja, de fato, pacificadora e harmonizadora das relações laborais, deve estar atenta ao comando do art. 766 da CLT, que, aplicável aos dissídios coletivos, traduz o espírito de todas as decisões que se possam proferir pelos juízes do trabalho, inclusive em dissídios individuais: “assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas”.

Como defendido pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, é preciso questionar como chegar a esse equilíbrio na interpretação e aplicação do Direito do Trabalho, que construa uma jurisprudência ao mesmo tempo promotora de uma maior inclusão social e dignificação do trabalho humano, mas não comprometedora da empregabilidade dos trabalhadores e da sustentabilidade das empresas.¹²

11. [www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1089/A-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado]

12. MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Discurso de posse*. Disponível em: [www.tst.jus.br/documents/10157/10f94b7e-c001-4add-9aee-351b2ee93af4]. Acesso em: 29.06.2016.

Sem efetiva justiça para ambos os segmentos, não há paz social e para se alcançar essa paz, o fundamental, como exposto pelo Ministro do TST, é a conciliação, que só é possível com a redução de expectativas para se chegar ao ponto de equilíbrio justo, não será com excessos de um lado ou de outro que se chegará a um marco regulatório protetivo e seguro, que reconheça os direitos dos trabalhadores, mas também uma realidade econômica irreversível de cadeia produtiva, em que o esforço produtivo empresarial se concentra em suas áreas de especialização.

Assim, acredita-se que o principal aspecto em questão, que precisa ser levado em conta é a busca pelo equilíbrio entre a autonomia e a negociação coletiva e os direitos fundamentais dos trabalhadores. É preciso que sejam estabelecidos parâmetros que norteiem a negociação, dando maior segurança a patrões e empregados, ao negociarem novas condições de trabalho, principalmente em contextos de crise econômica. Para tanto, defende-se que não seja possível a supressão de direito trabalhista constitucional e legalmente assegurado, nem a flexibilização de norma relativa a medicina e segurança do trabalho.

Além disso, sugere-se que a redução de direito de natureza salarial ou ligado a jornada de trabalho seja temporária, devendo ser compensada com vantagem de natureza salarial ou convencional, salientando que eventual anulação da cláusula flexibilizadora deve ser acompanhada da anulação da vantagem compensatória conexa, como imperativo da justiça e do caráter sinalagmático do acordo. Tais parâmetros precisam ser fixados, sob pena de se configurar, de fato, uma chancela e autorização ao retrocesso social. Portanto, é necessário aguardar o desenrolar da reforma trabalhista para analisar de forma mais concreta o ponto em questão, atentando-se para preservação e garantia dos princípios do direito do trabalho.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- BRASIL. *CLT*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum Saraiva*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARTILHAACE. *Acordo coletivo especial*. Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, p. 13 e 18. Disponível em: [www.smabc.org.br/Interag/temp_img/%7B016A7A-92-EDB2-48D8-8734-F9C3617D2E1A%7D_cartilha_ace_v4_nova.pdf]. Acesso em: 27.06.2018.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- JOÃO, Paulo Sergio. *Temor em relação ao negociado sobre o legislado não tem fundamento*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-set-23/negociado-legislado]. Acesso em: 27.06.2018.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Discurso de posse*. Disponível em: [www.tst.jus.br/documents/10157/10f94b7e-c001-4add-9aee-351b2ee93af4]. Acesso em: 25.06.2018.
- PINHEIRO, Luciano Andrade; DA VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa. *STF inova e decide que vale o negociado sobre o legislado no âmbito trabalhista*. Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stf-inova-e-decide-que-vale-o-negociado-sobre-o-legislado-no-ambito-trabalhista/>]. Acesso em: 27.06.2018.
- SEVERO, Valdete Souto. *O negociado sobre o legislado*. Disponível em: [www.anamatra.org.br/artigos/o-negociado-sobre-o-legislado]. Acesso em: 27.06.2018.
- SIQUEIRA, Germano Silveira de. *Negociado sobre o legislado: afronta aos direitos sociais*. Disponível em: [<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/negociado-sobre-o-legislado-afronta-aos-direitos-sociais/>]. Acesso em: 28.06.2018.
- SOUTOMAIOR, Jorge Luiz. *Negociação coletiva de trabalho em tempos de crise econômica*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI76615,81042-Negociacao+Coletiva+de+Trabalho+em+tempos+de+crise+economica]. Acesso em: 27.06.2018.
- TEIXEIRA, João Carlos; KALIL Renan Bernardi. *O negociado sobre o legislado*. Disponível em: [www.granadeiro.adv.br/destaque/2016/06/07/o-negociado-sobre-o-legislado]. Acesso em: 29.06.2018.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Flexibilização dos direitos trabalhistas: prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado, de Vólia Bomfim Cassar – *RDT* 187/91-107 (DTR\2018\10273);
- Negociado sobre o legislado: uma afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, de Ana Caroline de Souza Martins e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – *RDT* 188/21-58 (DTR\2018\10644);
- Prevalência do negociado sobre o legislado: ensaio sobre uma proposta de legitimação da concertação interdiológica trabalhista perante a teoria dos direitos fundamentais, de Marcelo Ferreira Machado – *RDT* 175/17-43 (DTR\2017\457); e
- Reforma trabalhista brasileira de 2017 e o direito coletivo do trabalho: ideias para justificar a prevalência do negociado sobre o legislado, de Alan da Silva Esteves – *RT* 984/163-188 (DTR\2017\6428).

A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA

THE GRATUITOUSNESS OF JUSTICE IN THE CONTEXT OF THE LABOR REFORM

ANDRÉ ARAÚJO MOLINA

Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT).
Professor Visitante do Centro de Formação do Tribunal Superior do Trabalho (CEFAST/TST).
Professor Visitante da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e de diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho.
Doutor em Filosofia do Direito (PUC-SP). Mestre em Direito do Trabalho (PUC-SP).
Especialista em Direito Processual Civil (UCB/RJ) e em Direito do Trabalho (UCB/RJ).
Bacharel em Direito (UFMT). Juiz do Trabalho Titular no TRT da 23ª Região (Mato Grosso).
aamolina@bol.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Trabalho

RESUMO: O artigo busca desvendar a forma, o objeto, os requisitos e os sujeitos do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, previsto na Constituição Federal de 1988 e, atualmente, regulamentado, no processo do trabalho, pela Lei 5.584/1970 e pelo capítulo próprio da CLT, com os ajustes realizados pela reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), bem como pela aplicação, no que couber, do CPC de 2015 e da Lei 1.060/1950, com especial atenção aos efeitos da sua concessão aos trabalhadores sucumbentes em custas e honorários advocatícios e periciais.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista – Justiça gratuita – Ônus financeiro.

ABSTRACT: The article seeks to unveil the form, object, requirements and subjects of the fundamental right to full and free legal assistance, provided for in the Federal Constitution of 1988 and currently regulated in the labor process by Law 5,584/1970 and by the chapter itself of the CLT, with the adjustments made by the labor reform (Law 13,467/2017), as well as for the application, where applicable, of the CPC of 2015 and the Law 1,060/1950, with particular attention to the effects of its concession on workers succumbing in costs and fees, attorneys and experts.

KEYWORDS: Labor Reform – Free Justice – Financial Burden.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução histórica dos institutos. 3. A justiça gratuita no processo do trabalho atual. 4. Efeitos da gratuidade para a parte sucumbente em honorários advocatícios e periciais. 5. Recolhimento prévio das custas para a repositura da ação anteriormente arquivada. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, elenca como um direito fundamental dos cidadãos o acesso à justiça. E, para que não seja a garantia apenas formal, exige do Estado a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme previsão do inciso LXXIV do mesmo artigo, gênero que engloba a gratuidade da justiça (custas e despesas) e a assistência jurídica e judiciária (auxílio técnico, preferencialmente oferecido pela Defensoria Pública e, subsidiariamente, pelas instituições oficiais de ensino superior jurídico e pelos advogados nomeados), na forma em que a lei especificar.

As antigas legislações que tratavam a respeito do tema, regulamentando a forma, o objeto, os requisitos e os sujeitos do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, foram todas recepcionadas pela atual Constituição – a exemplo da Lei 1.060, de 1950, da Lei 5.584, de 1970, e do capítulo próprio da CLT –, contudo, recentemente, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei 13.467, de 2017, conhecida como “reforma trabalhista”, diversos ajustes de forma e fundo foram realizados, alcançando os processos da jurisdição especial, que passaram a sentir as mudanças no tema da gratuidade da justiça.

Nesse contexto, o objetivo principal do presente artigo é o de descrever o ordenamento jurídico atual quanto à justiça gratuita, nos limites do processo do trabalho, notadamente tendo em mira as mudanças trazidas pela reforma trabalhista, que alterou diversos dispositivos da CLT, bem como alguns dispositivos do CPC, de 2015, que são incidentes de forma subsidiária e supletiva.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS INSTITUTOS

A redação originária da CLT dizia, no art. 789, que as custas deveriam ser calculadas e pagas antes da decisão, mediante selo federal apostado aos autos, nas Juntas de Conciliação e Julgamento, ou pagas no ato da distribuição, nas hipóteses de atuação jurisdicional delegada dos Juízos de Direito, não havendo previsão de gratuidade da justiça para os necessitados, muito menos de assistência judiciária.

Poucos anos depois da sua vigência, por intermédio do Decreto-Lei 8.737, de 1946, fora alterada a redação do § 4º e incluído o § 7º no citado art. 789, passando a prever que as custas seriam pagas ao final, após o trânsito em julgado da decisão, invertendo-se a lógica anterior da sua antecipação pelo autor da ação; nasceu também a previsão de que os presidentes dos tribunais do trabalho teriam a faculdade de concederem, inclusive de ofício, os benefícios da justiça gratuita àqueles que

percebessem até o limite de dois salários mínimos e ainda aos que provassem o seu estado de miserabilidade econômica. Ou seja, a partir de 1946 o autor da ação trabalhista não precisaria mais fazer o pagamento antecipado das custas, assim, se condenado ao final da ação, poderia delas ficar isento, se beneficiário da justiça gratuita, bastando, para tanto, comprovar o recebimento de até dois salários mínimos, com presunção legal de miserabilidade nessa hipótese, ou demonstrar, mesmo que recebesse patamar superior, que não se encontrava em condições de arcar com as despesas do processo.

Passados mais alguns anos, entrou em vigor a Lei 1.060, de 1950, para regular a assistência judiciária aos necessitados, de forma genérica para a jurisdição comum, e algumas de suas disposições passaram a ser aplicadas ao processo do trabalho, de forma subsidiária, naquilo em que a Consolidação não tinha tratamento legislativo próprio, com a permissão do art. 769 da CLT.

A assistência jurídica integral e gratuita¹, no processo do trabalho, para além da mera isenção de custas e demais despesas, somente foi regulamentada pela Lei 5.584, de 1980, que determinou que o amparo deveria ser prestado pelo sindicato da categoria, mediante advogado recrutado e indicado por este, tendo garantia de remuneração os honorários assistenciais a serem fixados pelos juízes nas ações em que funcionar, sendo que apenas na ausência do advogado sindical é que atuaria, de forma complementar, a Defensoria Pública e os serviços dos estabelecimentos de ensino superior jurídico (escritórios-modelo).

Até que, no ano de 2002, por intermédio da Lei 10.537, o art. 789 da CLT foi novamente aperfeiçoado, consolidando a diretriz de que as custas deveriam ser pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão, ressalvando que nos casos de recurso, as custas seriam pagas e comprovadas dentro do prazo recursal, com exceção dos beneficiários da justiça gratuita. Na forma do novo art. 790,

1. Gustavo Filipe Barbosa Garcia contribui com a distinção terminológica dos institutos da assistência jurídica integral e da gratuidade da justiça, especificamente no processo do trabalho, dizendo que: “Na realidade, a concessão da assistência judiciária abrange a justiça gratuita. Vale dizer, o trabalhador que goza da assistência judiciária (prestada pelo sindicato da categoria profissional) também usufrui dos benefícios da justiça gratuita, de modo que está isento do pagamento das custas e demais despesas processuais. No entanto, pode perfeitamente ocorrer a hipótese em que o trabalhador não usufrua da assistência judiciária prestada pelo sindicato da categoria profissional, mas goze, apenas, da justiça gratuita, por preencher os requisitos do § 3º do art. 790 da CLT (...). A justiça gratuita, portanto, deve ser concedida pelo juiz, se presentes os requisitos legais, mesmo que o trabalhador tenha advogado constituído nos autos.” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 2013. p. 265-266).

com a redação dada pela mesma lei atualizadora, facultou-se aos juízes a concessão, a requerimento ou de ofício, da gratuidade da justiça, inclusive quanto a traslados e instrumentos, aos que percebessem até dois salários mínimos ou que declarassem que não estavam em condições de pagar as custas, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, entendendo a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho que a declaração de insuficiência financeira poderia ser feita pelos próprios advogados dos litigantes e sem a necessidade de poderes especiais para tanto².

A CLT não cogitava da suspensão da exigibilidade das custas e despesas aos beneficiários da justiça gratuita, como previsto na Lei 1.060, de 1950, até que a parte adquirisse, no futuro, condições de satisfação, mas de sua completa isenção, alcançando inclusive os honorários periciais (art. 790-B da CLT), ocasião em que se consolidou na prática processual especializada, na quase universalidade dos casos, a completa dispensa dos encargos financeiros para o ajuizamento e a propulsão das reclamações trabalhistas, ainda que sucumbentes os trabalhadores, mas agraciados com a gratuidade da justiça.

A penúltima novidade foi a edição do CPC, de 2015, que derogou quase que por completo as disposições da Lei 1.060, de 1950³, de modo que várias das suas novas regulamentações passaram a ser aplicáveis, de forma subsidiária e supletiva, ao processo do trabalho⁴. Em termos concretos, até o dia anterior à vigência da reforma trabalhista, a assistência jurídica aos necessitados deveria ser prestada pelo sindicato da categoria, inclusive aos empregados que não eram sindicalizados, mas que contribuía compulsoriamente para a manutenção da entidade, sem prejuízo da possibilidade da gratuidade da justiça, mesmo quando as partes litigassem por meio de advogado particular. Nesse caso, a justiça gratuita isentava-lhes das custas, honorários periciais e demais despesas processuais, bastando, para tanto, comprovar a condição de desemprego, o recebimento de até dois salários mínimos ou, ainda que percebessem acima desse patamar, declarassem que não tinham condições de litigar em juízo sem prejuízo do sustento próprio ou da

2. OJ 304 (recentemente cancelada) e OJ 331, ambas da SBDI-1 do TST.

3. CPC, art. 1072. Revogam-se: (...) III – os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

4. Já tivemos ocasião de aprofundar e definir os critérios científicos para aplicação, subsidiária e supletiva, do direito processual comum ao processo do trabalho: MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 81, n. 3, p. 19-36, jul.-set. 2015.

sua família, o que poderia ser feito pelo advogado, com poderes específicos⁵, em qualquer momento ou grau de jurisdição⁶.

Isto é, antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, nos limites do processo do trabalho, as regulamentações dos direitos constitucionais de acesso à justiça e da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, estavam nos artigos 789 e 790 da CLT, na Lei 5.584/1970, bem como na aplicação subsidiária da Lei 1.060/1950, naquilo em que não derogada pelo CPC, de 2015, e, finalmente, na aplicação subsidiária e supletiva deste último.

3. A JUSTIÇA GRATUITA NO PROCESSO DO TRABALHO ATUAL

Avancemos agora para descrever as alterações levadas a efeito na CLT pela reforma trabalhista (Lei 13.467, de 2017), para demonstrar como atualmente está o regramento da gratuidade da justiça, desde novembro de 2017, inclusive com as complementações do CPC, de 2015, naquilo em que for aplicável e compatível com o novo microsistema de direito processual trabalhista.

Para a redação do art. 790, § 3º, da CLT, a situação de miserabilidade econômica será presumida àqueles que perceberem salário equivalente a até 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência⁷, alcançando a grande maioria dos litigantes nos processos trabalhistas, que, de resto, propõem a ação após o fim do vínculo contratual, já estando na condição de desempregados. Anote-se que a mudança do critério para a presunção de miserabilidade, dos antigos dois salários mínimos para 40% do limite máximo dos benefícios da Previdência, amplia o valor total, de forma a alcançar um contingente maior de jurisdicionados, a quem está o magistrado trabalhista, de qualquer instância, autorizado a conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da gratuidade.

Embora a nova dicção do art. 790, § 3º, da CLT, sinalize no sentido de presumir economicamente débeis apenas aqueles que recebam até o equivalente acima

5. Súmula 463 do TST. Assistência judiciária gratuita. Comprovação. 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. (DEJT 12, 13 e 14.07.2017).

6. Nesse sentido a OJ 269 da SBDI-1 do TST.

7. Neste ano de 2018, o equivalente dos 40% resulta no valor salarial máximo de até R\$ 2.258,32 (dois mil, duzentos e cinquenta e oito reais e trinta e dois centavos).

apontado, o § 4º do mesmo dispositivo acrescenta que a gratuidade da justiça será concedida, também, ao litigante que comprovar insuficiência de recursos para a quitação dos custos do processo, acenando para a interpretação de que, mesmo os que recebem salário superior aos 40% do limite máximo dos benefícios da Previdência, desde que provem a insuficiência econômica – militando a presunção legal em seu favor (art. 99, §§ 2º e 3º, do CPC), a partir da sua declaração –, também poderão dela desfrutar, inclusive alcançando agora as pessoas jurídicas⁸.

Nos limites do processo do trabalho, inicialmente, foi divergente a tese da extensão da gratuidade da justiça para os empregadores, normalmente réus das ações; em um segundo momento, tanto a doutrina⁹, quanto a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰, passaram a admitir a possibilidade de apenas os empregadores, pessoas naturais, usufruírem da justiça gratuita, mediante a objetiva comprovação da miserabilidade econômica; no terceiro e atual momento, já na vigência do CPC, de 2015, e sob influência da Súmula 481 do STJ¹¹, também os empregadores, pessoas jurídicas (art. 98 do CPC), e não somente as naturais, terão acesso ao benefício legal da gratuidade¹², preenchidos os mesmos requisitos e garantindo-se-lhes, antes de qualquer decisão interlocutória de rejeição do pedido, a concessão de prazo para a juntada dos documentos para prova da sua condição de carência financeira efetiva (art. 99, § 2º, do CPC).

Interpretamos a citada disposição do art. 99, § 2º, do CPC, primeiro como aplicável ao processo do trabalho, na vertente supletiva; segundo, como a garantia de ambas as partes, antes de terem os pedidos de gratuidade rejeitados pelo juiz, mediante impugnação da parte contrária ou porque o juiz entendeu não preenchidos todos os requisitos legais, que lhes seja assegurado prazo para trazer

-
8. Antes da incorporação legislativa pelo CPC de 2015, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já havia se firmado nesse sentido, com a edição da Súmula 481 (DJE 01.08.2012).
 9. Por todos, Mauro Schiavi defendia que “(...) se o empregador demonstrar que está em ruína financeira, o benefício da Justiça Gratuita deverá ser-lhe deferido.” (SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*, 2011. p. 327).
 10. Neste sentido, também, a Resolução 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, art. 2º, § 1º.
 11. “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. (DJE 01.08.2012).
 12. Após a vigência do CPC de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho ajustou a sua jurisprudência para admitir, expressamente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas, desde que comprovem insuficiência de recursos (Súmula 463 do TST).

aos autos novas provas da situação de insuficiência econômica, na mesma linha do que defende José Cairo Jr: “(...) o pedido só pode ser indeferido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a sua concessão. Antes de indeferir, todavia, o juiz ou tribunal deve conferir à parte o direito de comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”.¹³

A rigor, a dispensa do pagamento das custas e despesas processuais para as pessoas jurídicas não é propriamente uma novidade no processo do trabalho, visto que à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às suas fundações e autarquias, já era garantida a prerrogativa da gratuidade, por força de previsão específica do Decreto-Lei 779, de 1969.

São beneficiários em potencial da gratuidade da justiça, no processo do trabalho atual, todas as pessoas naturais, jurídicas ou entes despersonalizados, empregados ou empregadores, ampliando-se a garantia constitucional do acesso à justiça. Mas a presunção legal de miserabilidade alcança aqueles que recebem até o limite de 40% do benefício máximo da Previdência, autorizando a concessão de ofício pelo juiz; já para aqueles que recebem acima desse limite, há necessidade de pedido expresse, conjugado com a declaração de insuficiência financeira deduzida pela pessoa natural, ocasião em que, mediante impugnação pela parte adversa, deverá o juiz conceder o direito de produção de provas da condição alegada, antes de decidir; já para as pessoas jurídicas não há presunção legal de miserabilidade¹⁴, nem a faculdade de firmar declaração, antes devendo comprovar objetivamente nos autos a situação excepcional de insuficiência de recursos (Súmula 463, II, do TST), por qualquer meio processual idôneo¹⁵, na medida em que a presunção, em relação às sociedades empresárias, é que são lucrativas (art. 2º da CLT). Por fim, em relação às associações civis sem fins lucrativos, às instituições beneficentes, às empresas em recuperação judicial, falência¹⁶ e em intervenção judicial, a prova da insuficiência econômica ficará facilitada, mas jamais será presumida.

13. CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2016. p. 287.

14. Neste sentido decisão do Supremo Tribunal Federal: “Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo” (STF – Rcl 1.905 ED-AgR – rel. Min. Marco Aurélio – DJ 20.09.2002).

15. “A demonstração do estado de miserabilidade pode resultar de quaisquer outros meios probatórios idôneos”. (STF – 1ª T. – HC 72.328 – rel. Min. Celso de Mello – DJE 11.12.2009).

16. Súmula 86 do TST.

A decisão que rejeitar o pedido de gratuidade terá, em regra, natureza jurídica de decisão interlocutória (art. 101 do CPC), sendo, no processo do trabalho, atacável imediatamente por mandado de segurança ou, de forma diferida, pelo recurso ordinário da sentença de fundo. Quando do julgamento recursal, o relator, em sede de preliminar, avaliará o acerto da decisão anterior e poderá revê-la, mas, ainda que não o faça, entendemos que deva resguardar à parte o direito de prazo para providenciar o recolhimento das custas e do preparo, a autorizar que o Tribunal, então, avance no julgamento do mérito do seu recurso (art. 101, § 2º, do CPC). Superado o debate a respeito da gratuidade, com a decisão final de seu indeferimento, a parte deverá efetuar também o recolhimento de todas as despesas anteriores (art. 102 do CPC), sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, no caso do autor da ação, ou da rejeição da realização de qualquer ato ou diligência, tratando-se da defesa.

A CLT não avançou para especificar o objeto do benefício, mantendo-se a técnica redacional anterior de que a gratuidade alcança inclusive os traslados e os instrumentos, de modo que também é incidente a aplicação complementar do CPC. Este, em seu artigo 98, § 1º, traz um rol meramente exemplificativo, conforme também defende a doutrina especializada¹⁷, no qual se destacam as taxas ou custas judiciais, os honorários do intérprete, tradutor e contador, os emolumentos etc., mas que, em uma leitura afinada com os direitos fundamentais de ampliação do acesso à justiça e da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, sinaliza com precisão na direção de isentar toda e qualquer despesa processual ou extrajudicial, relacionada ao trâmite da ação, em sentido amplo¹⁸.

Dois pontos de tensão existem entre as disposições do CPC e da nova redação da CLT, a merecer reflexão mais aprofundada, quais sejam: o alcance da gratuidade da justiça quanto ao depósito recursal e quanto ao pagamento dos honorários do perito e dos advogados, conhecidos como honorários sucumbenciais.

Considerando-se que na jurisprudência trabalhista a primeira posição era no sentido de que apenas os empregados, autores da ação, eram alcançados pelos benefícios da gratuidade, não havia espaço para a discussão quanto à dispensa do

17. Nesse sentido defendem DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da justiça gratuita*, 2016. p. 27.

18. A lição de Augusto Tavares Marcacini é também a de que “(...) não é necessária para que se considere isento do pagamento de determinada verba, a previsão expressa em lei ordinária, pois o princípio constitucional do art. 5º, inciso LXXIV, no sentido em que o constituinte empregou, é bastante para isentar de todas as verbas”. (MARCACINI, Augusto Tavares. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, 2001. p. 36).

recolhimento do depósito recursal. Contudo, na segunda fase, em que se admitiu que também os empregadores pessoas naturais, excepcionalmente e mediante prova, pudessem ser alcançados, a interpretação do Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se na linha de que o depósito recursal não tinha natureza jurídica de taxa judiciária, mas de pressuposto processual objetivo, sendo, por isso, exigível o seu recolhimento, mesmo aos empregadores beneficiários da gratuidade¹⁹.

A questão nova que se coloca é que o CPC de 2015, na omissão da CLT a respeito do tema, diz, em seu art. 98, § 1º, VIII, que a gratuidade compreende os depósitos previstos em lei para a interposição de recursos, inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Fredie Didier Jr e Rafael Alexandria de Oliveira defendem que a isenção dos depósitos compreende todos aqueles inerentes ao pleno exercício do direito de acesso à jurisdição, na medida em que o objetivo do inciso é muito claro: “(...) a falta de recursos financeiros não pode representar óbice para o exercício do direito de ação, de recurso (que é corolário do primeiro) ou para o exercício da ampla defesa e do contraditório”.²⁰ Contudo, advertem os mesmos autores, a disposição não pode ser invocada como se tivesse efeito liberatório geral, de todo e qualquer depósito ou caução, incidindo naqueles casos em que não atirar com o direito de ação, como nos casos de caução para cumprimento provisório (art. 520, IV, do CPC), a caução para concessão de tutela de urgência (art. 300, § 1º), bem como na aplicação das multas de natureza processual (art. 98, § 4º, do CPC), eis que, nos primeiros dois casos, a própria legislação já trouxe quais os requisitos para a dispensa do depósito ou caução, independentemente de a parte ser ou não beneficiária da gratuidade.

Reforça essa distinção doutrinária a previsão do art. 968, § 1º, do CPC, sem correspondência na legislação processual comum revogada, a qual dispensa o recolhimento do depósito prévio ao ajuizamento da ação rescisória, quando a parte for beneficiária da justiça gratuita, mesma interpretação, agora vinculante, do

19. Por todos: “Agravo de instrumento. Recurso de revista. Deserção. Justiça gratuita. Empregadora. Depósito recursal. Considerando que o benefício da justiça gratuita, nos termos do artigo 3º da Lei n. 1.060/50, limita-se às despesas processuais, não alcançando o depósito recursal correspondente à garantia do juízo, cuja finalidade é assegurar a exequibilidade da sentença, quando a empregadora reclamada não prepara seu recurso de revista com o depósito recursal disso resulta deserção e, forçosamente, o seu trancamento. Agravo de instrumento improvido”. (TST – 1ª T. – AIRR 159000-79.2009.5.01.0030 – rel. Des. Conv. José Maria Quadros de Alencar – DEJT 10.10.2014).

20. *Ibidem*, p. 41.

STF, em relação à inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial para discutir a exigibilidade de crédito tributário²¹.

Antes mesmo, o próprio Supremo havia pacificado que é inconstitucional a exigência de depósito prévio ou caução, como requisito para a admissibilidade dos recursos de natureza administrativa²². Se o texto da súmula vinculante efetivamente não alcança a hipótese do depósito recursal trabalhista, que possui natureza jurídica processual e não administrativa, o estudo aprofundado da *ratio decidendi* dos julgados que deram origem a ele, revela a interpretação no sentido mais ampliativo quanto ao mesmo raciocínio. Vejamos trecho importante de julgado do Plenário:

A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. (STF – Pleno – ADI 1976 – rel. Min. Joaquim Barbosa – DJ 18.05.2007).

Destarte, a nossa interpretação é a de que a gratuidade da justiça alcança os valores do depósito recursal, para todos os litigantes nos processos trabalhistas, trabalhadores²³ ou empregadores, além de todas as outras modalidades de réus em ações de competência ampliada da Justiça do Trabalho, desde que atendam todos

21. Súmula Vinculante 28: É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. (DJE 17.02.2010).
22. Súmula Vinculante 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. (DJE 10.11.2009).
23. Nos casos em que os trabalhadores ocuparem, episodicamente, o polo passivo das ações, inclusive em sede de eventual reconvenção e restarem condenados, podendo acessar o duplo grau de jurisdição, independentemente de recolhimento das custas e do depósito recursal, quando beneficiários da justiça gratuita. Ressalve-se que havia posição majoritária anterior, inclusive no TST, defendendo que os §§ 4º e 5º, do art. 899, da CLT, indicavam a interpretação pela dispensa do depósito recursal quando o réu fosse o trabalhador, indicando que o depósito recursal fosse feito na conta deste. Contudo, com as alterações levadas a efeito pela reforma trabalhista, Lei 13.467 de 2017, o citado § 4º foi alterado,

os requisitos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, exigindo-se, então, uma nova leitura pelo Tribunal Superior do Trabalho, em típica superação do antigo entendimento, em razão da novidade legislativa de 2015 (*prospective overruling*).

Uma última palavra precisa ser dita em relação ao objeto da gratuidade da justiça. Enxergamos que a aplicação supletiva do art. 98, § 4º, do CPC, que deixa assente que a sua concessão não isenta o beneficiário de pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas, condensa uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido²⁴, sendo, por isso, aplicável ao processo do trabalho, justamente porque as penas visam impedir a procrastinação processual e a utilização abusiva do direito de demandar e de se defender.

Nessa linha, andou bem o Tribunal Superior do Trabalho, ao decidir que o condicionamento da admissibilidade recursal ao prévio recolhimento da multa imposta pela litigância de má-fé é desnecessário, isentando a parte do depósito, ainda que não beneficiária da gratuidade, já que o pagamento não é pressuposto legal objetivo para interposição dos recursos de natureza jurídica trabalhista²⁵, sendo a sua cobrança realizada ao final, após o trânsito em julgado.

Novidade trazida com o CPC e que tem aplicação subsidiária no processo do trabalho, principalmente diante da recente admissão da gratuidade da justiça às pessoas naturais e jurídicas, empregadoras, é a possibilidade de o juiz autorizar o parcelamento das despesas, atenuar o seu valor global ou mesmo concedê-lo de forma proporcional, somente para alguns atos, conforme decida e fundamente, apontando que o litigante – ao se posicionar na região fronteira entre a insuficiência financeira e a pujança econômica – poderia custear, parcial ou parceladamente, as despesas do processo, tudo conforme art. 98, §§ 5º e 6º.

4. EFEITOS DA GRATUIDADE PARA A PARTE SUCUMBENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS

Já em relação ao custeio dos honorários dos peritos e dos advogados, aparentemente a nova redação da CLT diverge do CPC, impondo condição mais gravosa

suprimindo-se a necessidade de o depósito recursal se dar na conta do trabalhador, bem como o § 5º foi revogado.

24. “A multa a que se refere o art. 18 do CPC – também incidente sobre o beneficiário da gratuidade – possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir a procrastinação processual e a obstar o exercício abusivo do direito de recorrer” (STF – 2ª T. – AI 342.393 AgR-ED – rel. Min. Celso de Mello – DJE 23.04.2010).

25. OJ 409 da SBDI-1 do TST.

aos trabalhadores. Para o processo comum, a benesse proporcionada pela gratuidade da justiça alcança, também, “os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado” (art. 98, § 1º, VI, do CPC), já o novel art. 790-B, *caput, in fine*, da CLT ressalva que os honorários periciais serão suportados pelo sucumbente em seu objeto, ainda que beneficiário da gratuidade, bem como o art. 791-A, § 4º, ressalva que os honorários do advogado serão devidos pelo sucumbente, ainda que beneficiário da justiça gratuita, desde que tenha obtido judicialmente, mesmo em outra ação, créditos capazes de suportar a despesa.

Dissemos que, aparentemente, divergem as redações do CPC e da nova CLT na medida em que parece dispensar o pagamento dos honorários, periciais e dos advogados, no processo civil, mas determinar o desconto dos trabalhadores, a partir dos seus créditos obtidos, no processo do trabalho, gerando situação gravosa e diferenciada aos litigantes da justiça especializada. Entretanto, ao aprofundar a análise das disposições, com a inversão e o realinhamento dos modais deônticos das normas que a partir delas são construídas pelo jurista, chegaremos à conclusão de que as soluções são, praticamente, idênticas em ambos os sistemas processuais.

Isso porque, no paradigma do processo civil, a regra é a do adiantamento das custas e despesas processuais, antes da realização dos respectivos atos (art. 82 do CPC), salvo quando concedida a gratuidade da justiça, ocasião em que o seu beneficiário fica dispensado da realização do adiantamento, mas, ao final e em caso de sucumbência, será condenado sempre a fazê-lo, independentemente da gratuidade já concedida, quando os valores devidos serão por ele suportados, se adquirir condições financeiras para tanto, durante o curso do próprio processo ou nos próximos 5 (cinco) anos, conforme se extrai claramente do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC (condição suspensiva de exigibilidade).

Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira bem observaram que os beneficiários da gratuidade da justiça estão apenas dispensados do adiantamento das despesas processuais, atuando no âmbito da responsabilidade provisória pelo custeio do processo, mas não, contudo, do pagamento dessas mesmas despesas ao final do processo, se restarem sucumbentes, após o trânsito em julgado. Quer dizer, “(...) ainda que seja beneficiário da gratuidade da justiça, o vencido tem o dever de, observado o disposto no § 3º do art. 98 do CPC, arcar com o pagamento do que lhe foi dispensado e ainda ressarcir a parte adversária, vencedora, quanto ao que ela adiantou ao longo do processo”.²⁶

26. *Ibidem*, p. 22.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se pacificou no sentido de que não há nenhuma inconstitucionalidade, ou mesmo incompatibilidade ontológica entre a condenação nas custas e despesas processuais e a concomitante concessão da gratuidade, na medida em que esta é condição suspensiva, enquanto perdurar a situação fática de miserabilidade, não inviabilizando a sua condenação e a futura execução, caso a parte adquira condições de fazê-lo²⁷. Em palavras outras, deve-se distinguir imunidade de suspensão temporária da exigibilidade, na linha que atualmente foi acolhida textualmente pelo processo civil: “A concessão da gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência”. (art. 98, § 2º, do CPC).

Em decisão mais recente, a Corte Suprema reafirmou a distinção entre isenção e suspensão da exigibilidade das despesas processuais, de forma precisa:

(...) o beneficiário da justiça gratuita, quando vencido, deve ser condenado a ressarcir as custas antecipadas e os honorários do patrono vencedor. Entretanto, não está obrigado a fazê-lo com sacrifício do sustento próprio ou da família. Decorridos cinco anos sem melhora da sua situação econômica, opera-se a prescrição da dívida. Por um lado, não se trata de menosprezar o princípio da sucumbência, mas apenas de suspender a exigência da condenação do vencido enquanto sua situação econômica permanecer precária, pois a imposição do cumprimento da obrigação importaria dano para sua sobrevivência ou de sua família.

Portanto, o benefício da justiça gratuita não se constitui na isenção absoluta das custas e dos honorários advocatícios, mas, sim, na desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica do necessitado, propiciador da concessão deste privilégio. Em resumo, trata-se de um benefício condicionado que visa garantir o acesso à justiça, e não a gratuidade em si. (STF – Plenário – RE 249.003-AgRg – rel. Min. Edson Fachin – DJE 10.05.2016).

As novas redações dos artigos 790-B, § 4º, e 791-A, § 4º, ambos da CLT, caminham no mesmo sentido do processo civil, eis que a concessão dos benefícios da justiça gratuita – vistos os requisitos no momento do ajuizamento e apreciação

27. “Custas: condenação do beneficiário da justiça gratuita. O beneficiário da justiça gratuita que sucumbe é condenado ao pagamento das custas, que, entretanto, só lhe serão exigidas se, até cinco anos contados da decisão final, puder satisfazê-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família: incidência do art. 12 da Lei 1.060/1950, que não é incompatível com o art. 5º, LXXIV, da Constituição.” (STF – 1ª T. – RE 184.841 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 08.09.1995).

pelo magistrado trabalhista – não impede a condenação nas custas e despesas processuais, como os honorários advocatícios e periciais, quando do julgamento de fundo, sendo que, em relação aos honorários advocatícios, mantém-se suspensa a exigibilidade, até que o sucumbente adquira condições de suportá-los, a partir do recebimento de créditos, nos próprios autos ou em outros, retirando-o da condição de miserabilidade jurídico-econômica, a autorizar, inclusive, a revogação posterior do benefício da gratuidade. A cobrança, assim, ocorrerá nos próprios autos, no prazo de até 2 (dois) anos depois do trânsito em julgado, cujo decurso sem que a parte adquira condições financeiras de suportar o encargo, importará na extinção da obrigação (prescrição da pretensão executiva).

Uma leitura apressada do art. 791-A, § 4º, da CLT, pode sugerir que os beneficiários da gratuidade, tendo recebido qualquer valor no processo, de qualquer natureza jurídica, poderiam ver o montante penhorado para quitação dos honorários do advogado adversário²⁸. Porém, essa leitura seria inconstitucional²⁹ e ilegal, na medida em que o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição, garante a justiça gratuita e integral aos necessitados, daí não se admitir que alguém alcançado pelo direito em evidência seja, ao mesmo tempo, constrangido a pagar as despesas do processo, enquanto se mantiver juridicamente pobre; é ilegal ainda, por violação do art. 98, § 1º, VI, do CPC, de aplicação supletiva ao processo do trabalho, impondo, então, ao jurista, que busque uma nova interpretação compatível com a Carta Maior.

Chegamos ao ponto de fixar a segunda premissa, qual seja: a regra quanto aos benefícios da justiça gratuita e quanto às despesas com honorários é a mesma no processo civil e do trabalho, de que os beneficiários da gratuidade, muito embora

28. Esta é a posição defendida por SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*, 2017, p. 98-99, SCHIAVI, Mauro, *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*, 2017, p. 84, SALES, Fernando Augusto de Vita Borges. *Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho*, p. 138 e GOES, Alfredo. *A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita*, 2018, p. 315-316.

29. Neste mesmo sentido, SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al.* *Reforma Trabalhista*, 2018, p. 460-461, NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Honorários de sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita*, 2018, p. 780, TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*, p. 163 e MIZIARA, Raphael. *Novidades em torno do benefício da justiça gratuita*, p. 99-100. O último autor referido defende a inconstitucionalidade *tout court* da disposição, não avançando para buscar uma interpretação conforme à Constituição, do novel art. 791-A, § 4º, da CLT. Para ele, concedidos os benefícios da gratuidade, os valores recebidos são insuscetíveis de penhora, devendo a exigibilidade permanecer suspensa, até o prazo de 2 anos.

devam ser condenados, não devem pagar referidas despesas do processo, salvo se, ao longo dele ou no prazo de suspensão da exigibilidade, posterior ao trânsito em julgado, adquirirem condições financeiras que os retirem da posição de agraçados pela gratuidade, quando o juiz deverá, então, revogá-la, colocando o seu crédito à disposição para penhora pelo advogado da parte adversa, na cobrança dos seus honorários³⁰.

Então, não é qualquer valor recebido na ação que irá autorizar a penhora automática para quitação dos honorários, mas aquele montante que seja capaz de retirar a parte da condição de miserabilidade jurídica. Nas palavras do novel art. 791-A, § 4º, da CLT, “créditos capazes de suportar a despesa”.

A questão, então, passa a se definir o parâmetro financeiro que será capaz de retirar o sucumbente da situação de miserabilidade, colocando-o em condições de suportar a despesa, com a revogação da gratuidade da justiça.

Uma primeira tendência é buscar, na própria CLT, os critérios para a concessão da gratuidade. Assim, quando os mesmos parâmetros desaparecerem, significa que estaria, também, autorizada a sua revogação.

O art. 790, § 3º, da CLT, com a redação atribuída pela reforma trabalhista, diz que são beneficiários os desempregados e também aqueles que recebam salário de até 40% do limite máximo dos benefícios do RGPS. Logo, todos os créditos obtidos na ação que sobejarem o referido parâmetro financeiro poderiam ser penhorados. Porém, essa leitura não nos parece a melhor, na medida em que o critério salarial é mensal e os valores recebidos na ação, em regra, são o resultado de violações contratuais ocorridas ao longo dos anos, de sorte que o trabalhador não poderá ser prejudicado pelo pagamento tardio, em juízo e acumulado, das verbas a que teria direito, mês a mês, durante o contrato, ocasião em que permaneceria sob a proteção da presunção legal de miserabilidade, se o seu salário não avançasse além do valor mensal de R\$ 2.258,32, para o ano de 2018.³¹

30. Na perspectiva processual, é indispensável deixar sublinhada a nossa conclusão de que, por se revelarem crédito autônomo do advogado e que não há mais execução de ofício no processo do trabalho, em regra, na forma do novo art. 878 da CLT, os honorários advocatícios não podem ser objeto de determinação de retenção por ordem judicial, do crédito do autor da ação, como muitos julgados começaram a fazê-lo. Deverá, sim, o seu titular, após o trânsito em julgado, peticionar nos próprios autos, para iniciar e impulsionar a execução, demonstrando que o crédito recebido está acima do limite que garante a gratuidade da justiça, bem como indicando valores e bens, provenientes de outras origens, para apreensão e satisfação da obrigação.

31. Vitor Salino de Moura Eça defende uma posição bastante peculiar, tendo como parâmetro o valor mensal de 40% do teto de benefícios do RGPS, porém não em se considerando

O caminho, então, é buscar outros parâmetros no ordenamento jurídico.

Antonio Umberto, Fabiano Coelho, Ney Maranhão e Platon Neto são da posição de que essa análise deve ser feita caso a caso, sem um parâmetro universal e financeiro objetivo, autorizando a penhora dos créditos obtidos na ação para pagar os honorários apenas quando o montante recebido seja de tal vulto capaz de alterar a condição econômica do agraciado. Em palavras suas, “(...) o beneficiário da justiça gratuita só suportará tais despesas caso aufera créditos cujo montante promova contundente e indiscutível alteração de sua própria condição socioeconômica”.³²⁻³³

Concordamos com a essência da afirmação dos autores, que é no mesmo sentido do que defendemos linhas citadas, de que não é o recebimento de qualquer montante que irá autorizar a imediata penhora para pagamento dos honorários, mas somente de valor que retirar o sucumbente da condição de miserabilidade.

Entretanto, acreditamos que há espaço para avançar, na busca de critério mais objetivável, inclusive para evitar que situações iguais sejam tratadas de modo diferenciado pelo Judiciário, violando a isonomia. Para tanto, basta imaginar que um magistrado entenda que o recebimento de R\$ 15.000,00 seja suficiente para alterar a condição financeira do trabalhador, porém outro magistrado – que está a julgar a mesma situação de colegas de trabalho, com os mesmos pedidos, em ações que tramitam simultaneamente –, que tenha um senso protetivo mais aguçado, venha a considerar que o recebimento de R\$ 80.000,00 não seja suficiente para retirar o autor dessa segunda ação da condição de miserabilidade, contradição que, fatalmente, exigirá das instâncias superiores a pacificação da controvérsia e a busca de critérios mais objetiváveis.

É nesse contexto que entendemos que seja um critério operacional inicial o quanto previsto no art. 833, X, do CPC, que trata da impenhorabilidade, dizendo que os valores depositados em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos são insuscetíveis de penhora, justamente porque tal limite

os valores obtidos no processo – estes sempre insuscetíveis de penhora, em razão da gratuidade judiciária concedida –, mas quando o sucumbente se recolocar no mercado de trabalho, passando a receber salário acima do parâmetro legislativo, ocasião em que, aí sim, para o autor, “talvez tenha mesmo de suportar os ônus sucumbenciais”. (EÇA, Vitor Salino de Moura. *Despesas processuais trabalhistas após a reforma*, 2018. p. 90).

32. SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; COELHO, Fabiano; MARANHÃO, Ney; NETO, Platon. *Reforma trabalhista*, 2018. p. 461.

33. No mesmo sentido, e com apoio na lição dos primeiros, é a interpretação de FILETI, Narbal Antônio de Mendonça. *Comentários ao art. 791-A da CLT*, 2018. p. 382.

revela que tais valores, se retirados, podem prejudicar o sustento próprio e da família do devedor, exatamente o critério principal para o reconhecimento da condição de miserável jurídico, requisito para a concessão – e agora, revogação – dos benefícios da justiça gratuita. Logo, em nosso sentir, um critério *a priori* seria o montante de 40 (quarenta) salários mínimos recebidos na ação trabalhista, cujo valor é o teto para considerar que o trabalhador ainda é juridicamente pobre, não autorizando, até este limite, a revogação da gratuidade e, com isso, a penhora dos valores para pagamento dos honorários do advogado. Apenas os créditos que sobejarem tal montante é que serão suscetíveis de penhora para pagamento do profissional da advocacia, na medida em que esse excedente é considerado pelo próprio ordenamento penhorável, isto é, dispensável para resguardar ao seu titular e sua família a manutenção do seu sustento básico.

Contudo, poderão ocorrer casos excepcionais, cujo ônus argumentativo e probatório recairá sobre o trabalhador sucumbente, que deve demonstrar que o recebimento de créditos superiores ao parâmetro de 40 (quarenta) salários mínimos ainda é, na sua situação pessoal específica, insuficiente para manutenção básica sua e da família, como nos casos de dependente com doença grave, que necessita realizar uma cirurgia de alto custo ou tratamento etc., situações excepcionais que, como dito, não invalidam o critério objetivo *a priori*, mas que apenas o reafirmam, para todas as situações normais ou ordinárias.

Avançamos, então, para reconhecer que o recebimento na reclamação de valores além do teto de 40 (quarenta) salários mínimos retira, em regra, o litigante beneficiário da gratuidade da condição de miserabilidade jurídica, abrindo as portas para a revogação da graciousidade e autorizando a penhora do valor excedente.

Entretanto, a questão ainda não está resolvida, eis que remanescerá o argumento de que as verbas recebidas em uma ação trabalhista, ainda que sejam suficientes para revogação da gratuidade, são de natureza jurídica salarial/alimentar, superprivilegiada (art. 84 da Lei 11.101/2005), insuscetível, por isso, de penhora, independentemente do seu valor global, na forma do art. 833, IV, do CPC.

A impenhorabilidade é decorrente do princípio da intangibilidade salarial, com residência no art. 8º, 1, da Convenção 95 da OIT, no art. 7º, X, da CF/88 e no art. 462 da CLT, que poderiam ser invocados para bloquear a tentativa legislativa da reforma trabalhista de descontar dos créditos dos trabalhadores (de natureza jurídica salarial) as despesas do processo, a indicar, em uma primeira leitura, uma negativa aos testes de convencionalidade e constitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT.

Mas o certo é que, tanto a Convenção 95 da OIT, quanto o art. 7º, X, da Constituição de 1988, com a regulamentação do art. 462 da CLT, excepcionam do

princípio da intangibilidade os descontos autorizados formalmente por lei, inclusive a pacífica jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho deu amplitude à exceção, ao admitir como legítimos os descontos previstos em normas coletivas³⁴, de modo que o argumento principiológico da intangibilidade não seria suficiente para paralisar a eficácia das novas disposições da CLT, que admitem o desconto das despesas dos processos dos créditos recebidos pelo autor da ação.

Já em relação ao argumento da impenhorabilidade do salário, primeiro é preciso deixar claro que nem todos os valores recebidos pelo trabalhador por meio de uma ação trabalhista têm natureza jurídica de salário em sentido estrito. Mas, mesmo na maioria dos casos, em que as verbas pleiteadas têm natureza jurídica salarial, portanto alimentar, a disposição do art. 833, IV, *in fine*, do CPC, equipara os honorários dos profissionais liberais à mesma equivalência jurídica de salário em sentido lato, remetendo ao § 2º a autorização de penhora excepcional dos salários, para a quitação de prestação alimentícia, “independentemente de sua origem”³⁵, a legitimar a apreensão dos créditos dos trabalhadores, mesmo os de natureza salarial em sentido estrito. Trata-se de uma opção político-legislativa, que, se não é a melhor, na visão de alguns autores, ainda assim encontra-se dentro da margem de conformação atribuída pela Constituição e pelos específicos tratados internacionais, ao legislador ordinário nacional, posição esta perfilhada pela atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁶, que tem a incumbência constitucional de pacificar a interpretação das disposições do CPC.

34. Súmula 342, OJ 160 da SBDI-1 e OJ 251 da SBDI-1, todas do TST.

35. O Supremo Tribunal Federal definiu que os honorários advocatícios sucumbenciais ostentam natureza jurídica alimentar, consoante 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”. (DJE 02.06.2015). Em igual sentido o art. 85, § 14, do CPC: “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”.

36. Por todos: “Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Execução de Honorários Advocatícios. Penhora. Verba Alimentar. Exceção. Possibilidade. Decisão Mantida. 1. “A jurisprudência desta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que o caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado pelo § 2º do art. 649 do CPC de 1973 (atual art. 833, § 2º, do CPC de 2015), quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias” (AgInt no AREsp 1.107.619/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 16.11.2017, DJe 22.11.2017). 2. Agravo interno a

A conclusão alhures também terá incidência nos casos em que o autor da ação foi vencedor, restando o réu-empregador sucumbente nos honorários devidos ao advogado do trabalhador, caso em que, tratando-se de executado pessoa física, que vive apenas do seu salário e não tenha bens suscetíveis de penhora, também haverá possibilidade de bloqueio de parte do seu salário para pagamento da verba ao exequente e ao seu advogado, tudo na forma do art. 833, IV e § 2º, do CPC, já referidos, posição que ganha corpo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho³⁷ e já é pacífica também no Superior Tribunal de Justiça, inclusive, a Corte Especial deste, recentemente, avançou mais ainda ao admitir que mesmo nas execuções de obrigações que não tenham natureza jurídica alimentar, privilegiada, seria possível penhorar a cota de 30% do salário para satisfação da execução³⁸.

Por tudo quanto demonstrado, entendemos que Jorge Alberto Araújo faz confusão quando defende que os créditos obtidos pelo trabalhador na reclamação

que se nega provimento”. (STJ – 4ª T. – AgInt no AREsp 1.209.653 – rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – DJE 28.08.2018).

37. Por todos: “Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Penhora incidente sobre honorários médicos recebidos pelo impetrante. Legalidade. Artigo 833, § 2º, do CPC/2015. Na presente hipótese, a ilegalidade apontada é a decisão judicial proferida na reclamação trabalhista de origem, que determinou o bloqueio dos créditos do executado, ora impetrante, até atingir o valor total da execução, qual seja R\$ 37.971,78. Observe-se, no caso, que a decisão combatida foi prolatada em 8/5/2017, portanto, na vigência do CPC/2015. Nesse contexto, cumpre assinalar o que preceitua o § 2º do art. 833 do citado Código: O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. Assim, verifica-se que o inadimplemento de prestações alimentícias “independentemente de sua origem” enseja penhora de salários e proventos no limite estabelecido na novel lei processual. Note-se que a expressão destacada não existia no CPC de 1973 e, por essa razão, esta Corte Superior consagrou o entendimento segundo o qual a exceção do revogado art. 649, § 2º, do CPC/1973 fazia referência apenas à prestação alimentícia fixada com espeque no art. 1.694 do CC/2002. Por fim, ressalte-se que o Tribunal Pleno dessa Corte Superior alterou a redação da Orientação Jurisprudencial n. 153 da SBDI-2/TST (Res. 220/2017, DEJT 21, 22 e 25.09.2017) para deixar claro que a diretriz ali contida aplica-se apenas a penhoras sobre salários realizadas quando ainda em vigor o revogado CPC de 1973, o que não se verifica na espécie. Destarte, não se há de falar em afronta a direito líquido e certo da impetrante, tampouco em violação de dispositivo de lei. Dessa forma, conclui-se que a decisão impugnada não merece reparos. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TST – SD12 – RO 21601-36.2017.5.04.0000 – rel. Min. Maria Helena Mallmann Atualização – DEJT 07.12.2017).
38. STJ – Corte Especial – EREsp 1.582.475 – Red. p/ac. Min^a Nancy Andrihgi – j. 03.10.2018.

trabalhista não podem ser penhorados, independentemente do valor, se forem de natureza jurídica salarial, desconsiderando a cláusula de exceção do citado art. 833, § 2º, do CPC, porém, para o mesmo autor, se o total ou parte do crédito for de outra natureza, poderia ocorrer a penhora, admitindo que, se o postulante obtiver apenas créditos de natureza diversa da alimentar, todo esse valor poderia ser utilizado para quitação dos honorários advocatícios sucumbenciais, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, ficando o trabalhador sem proveito algum do processo³⁹, desta feita a desconsiderar os efeitos da gratuidade, incidindo em inconstitucionalidade.

Por fim, já no caso específico dos honorários periciais, a lógica inicial é a mesma, qual seja, se o sucumbente obtiver créditos que o retire da condição de miserabilidade, o juiz revogará os benefícios concedidos e autorizará que o valor recebido seja penhorado para pagar os honorários do *expert*. A única diferença em relação aos honorários do advogado é a de que se o autor não tiver obtido em juízo crédito algum, naquele processo ou em outro, o perito não ficará aguardando por dois anos o incremento de patrimônio do sucumbente, com exigibilidade suspensa, mas haverá quitação imediata pela própria União, por meio de fundo destinado ao custeio desta modalidade de despesa processual (art. 790-B, § 4º, da CLT).

5. RECOLHIMENTO PRÉVIO DAS CUSTAS PARA A REPROPOSITURA DA AÇÃO ANTERIORMENTE ARQUIVADA

O último ponto que merece reflexão aprofundada é em relação à redação atribuída ao art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT, que admite a condenação do autor da ação que ausentar-se injustificadamente da audiência inicial, ensejando o arquivamento da reclamação (*rectius*: extinção do processo sem resolução do mérito), nas custas do processo, ainda que beneficiário da justiça gratuita, condicionando a sua quitação ao ajuizamento de uma nova ação judicial.

Primeiro, há uma antinomia aparente entre os textos vigentes da CLT, pois o art. 790-A, *caput*, diz que são isentos das custas os beneficiários da justiça gratuita, ao passo que no art. 844, § 2º, diz que esses mesmos beneficiários devem pagar custas, no caso de arquivamento injustificado. A antinomia pode ser resolvida pelos critérios de temporalidade e especialidade, conforme determina o art. 2º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB), de sorte que os beneficiários da gratuidade continuam, em regra, sendo isentos das custas, ressalvada a nova

39. Comentários aos artigos 791 a 798 da CLT, 2018. p. 584.

situação trazida pela lei da reforma trabalhista, que cuida da hipótese especial de extinção pela ausência do reclamante na primeira audiência, quando as custas, então, deverão ser fixadas e atribuídas aos trabalhadores – não mais isentos –, porém ficarão com a exigibilidade suspensa, enquanto mantiverem a condição de miserabilidade jurídica.

O problema parece-nos estar, contudo, no novel § 3º, do art. 844, da CLT, ao condicionar o ajuizamento de nova ação ao pagamento das custas, inclusive para o beneficiário da justiça gratuita, caso em que entendemos que o legislador avançou em terreno interdito pelo constituinte, ao ofender o núcleo essencial dos direitos fundamentais de amplo acesso à justiça e, principalmente, à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, autorizando que os juízes exerçam a jurisdição constitucional, com o controle difuso de constitucionalidade.

Nesse mesmo sentido foi a percepção do Procurador-Geral da República, que propôs perante o Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5766 – rel. Min. Roberto Barroso), inquinando de inconstitucional a tentativa de vedação de acesso ao Poder Judiciário para os comprovadamente necessitados, cujo julgamento ainda não foi concluído⁴⁰.

A interpretação possível e afinada com as garantias da Constituição é a de que o autor da ação, beneficiário da justiça gratuita, poderá ser condenado nas custas em caso de arquivamento injustificado, mas o seu pagamento deverá se dar mediante a técnica dos artigos 790-B, § 4º, 791-A, § 4º, da CLT, combinados com o

40. Em consulta, no dia 05.10.2018, observa-se no andamento processual que os autos se encontram conclusos ao Ministro Luiz Fux, em razão de pedido de vista regimental, estando o julgamento empatado: “Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Min. Luiz Fux. Ausentes o Min. Dias Toffoli, neste julgamento, e o Min. Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018.” Acessível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>].

art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC, aguardando-se o prazo de até dois anos o autor auferir resultados financeiros em outras ações – inclusive naquela que pretenda repropor – para que as despesas sejam satisfeitas, mas jamais interditar o acesso ao Judiciário, ainda mais grave para os comprovadamente necessitados⁴¹ e, por isso, beneficiários da gratuidade, conforme a *ratio decidendi* dos precedentes do Supremo Tribunal que deram origem às Súmulas Vinculantes de números 21 e 28.

Na perspectiva processual, significa dizer que o magistrado condutor da ação originária, na ausência do autor à audiência inicial, extinguirá o processo sem resolução do mérito, concederá os benefícios da justiça gratuita – se presentes os seus requisitos – e concederá o prazo de 15 (quinze) dias para o autor justificar o motivo da sua ausência (art. 844, § 2º, da CLT). Se o fizer, obterá a isenção das custas (art. 790-A, *caput*, da CLT); se não o fizer, ou a justificativa não for acolhida, o juiz, então, condenará nas custas processuais, cuja exigibilidade ficará suspensa, caso em que, obtendo condições de fazê-lo, dentro do prazo prescricional, terá início a execução, nos próprios autos, para quitação da obrigação tributária⁴², inclusive podendo o crédito obtido na ação reproposta ser penhorado para a satisfação da obrigação, se não mais estiver o trabalhador acobertado pela gratuidade da justiça.

Independentemente dos procedimentos especificados em relação à ação originária, caso o reclamante pretenda repropor a ação trabalhista, poderá fazê-lo – inclusive antes do prazo de 15 (quinze) dias para justificativa na ação arquivada – e pedirá que o juiz da segunda ação, exercendo a jurisdição constitucional, realize o controle difuso de constitucionalidade, com a consequente declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 844, § 3º, da CLT, destrancando o acesso à jurisdição especializada, independentemente do pagamento prévio das custas.

41. Ao retrocedermos na análise das fontes materiais dos direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988, de acesso à justiça e de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, encontraremos a inspiração do nosso constituinte originário na Constituição Portuguesa de 1976, cujos dispositivos são ainda mais claros em revelar a axiologia que inspira a positivação dos direitos, qual seja, a de que a insuficiência econômica jamais seja um entrave para acessar o Poder Judiciário. Do art. 20º, I, dessa Carta, extrai-se que: “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos”.

42. Ressalve-se, aqui que, por se tratar de crédito de natureza jurídica tributária, especificamente de taxa judiciária (art. 145, II, da Constituição c/c art. 77 do CTN), tendo a União no polo ativo da relação obrigacional, a atuação em sede de execução deverá ser impulsionada pelo Órgão Jurídico de representação da União.

Essa também é a compreensão de Raphael Miziara, para quem a novel permissão de condenação do beneficiário da gratuidade em custas, nos casos de ausência à audiência inaugural, ao contrário da anterior isenção, é constitucional, resguardando-se a suspensão da exigibilidade do tributo, enquanto durar a situação pessoal de miserabilidade, porém a exigência posterior, prevista no art. 844, § 3º, da CLT, enquanto condicionante para a repropositura da ação extinta sem resolução do mérito, é descabida e inconstitucional, por afrontar o direito de acesso à jurisdição.⁴³

Importante diferenciar a hipótese do novo art. 844, § 3º, da CLT, da do art. 486, § 2º, do CPC, visto que este exige que, nas ações repropostas, a petição inicial já deverá trazer o comprovante de pagamento das custas e das despesas da ação anterior, então arquivada, mas cuja exigência não constringe os beneficiários da gratuidade, justamente porque a exigência, na prática, inviabiliza o acesso à justiça dos comprovadamente carentes de recursos, quando a diretriz constitucional é a de que a assistência jurídica será integral e gratuita aos necessitados. Para os que não são beneficiários da gratuidade, tanto para o processo civil quanto agora para o do trabalho, a exigência antecipada das custas e despesas, relacionadas à ação anterior já extinta, não viola o núcleo essencial do direito, pois a parte já exerceu o seu direito amplo de acesso à jurisdição e tem condições de pagar as despesas, no momento em que pretender acessar à jurisdição novamente.

6. CONCLUSÕES

- Na vigência da legislação atual, o direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita, prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição, está regulamentado no processo do trabalho pela Lei 5.584, de 1970, e pela CLT, com as alterações trazidas pela Lei 13.467, de 2017, e também pelo CPC, de 2015 e pela Lei 1.060, de 1950, aplicando-se as últimas de forma subsidiária ou supletiva.

- Os sujeitos do benefício da gratuidade, desde que atendam aos requisitos legais, com presunção ou não da condição de miserabilidade, conforme o caso, são todas as pessoas, naturais ou jurídicas, empregados ou empregadores, bem como os entes despersonalizados.

- O objeto da justiça gratuita são todas as despesas processuais em sentido lato, inclusive aquelas extraprocessuais relacionadas ao trâmite da ação, de modo a que o acesso à justiça seja o mais eficiente e integral possível, aplicando-se, de forma supletiva, o art. 98, § 1º, do CPC, ao processo do trabalho.

43. *Ibidem*, p. 101.

- Incidem no processo do trabalho as modalidades de parcelamento, isenção parcial ou abatimento do valor total das despesas, previstos no art. 98, §§ 5º e 6º, do CPC, inclusive também em relação aos empregadores.

- A concessão do benefício da justiça gratuita atua na modalidade dos custos provisórios do processo, isentando o sujeito da antecipação das despesas, mas não o imuniza da condenação ao final, após o trânsito em julgado, quando sucumbente, inclusive sob o novo procedimento de cobrança, mediante o desconto do seu crédito obtido, na mesma ação ou em outras.

- O critério objetivo *a priori* para considerar que o autor da ação, sucumbente no objeto da perícia e nos honorários advocatícios, deva ter os respectivos valores descontados (*rectius*: penhorados) do crédito por ele obtido na ação, ou em outra, é o de 40 (quarenta) salários mínimos, por aplicação analógica do art. 833, X, do CPC.

- É inconstitucional a disposição do art. 844, § 3º, da CLT, se interpretada como exigência de pagamento prévio das custas nos casos de arquivamento das ações dos beneficiários da justiça gratuita, o que não impede uma interpretação alternativa de que tais valores tributários possam ser objeto de retenção posterior, se o trabalhador obtiver, ao final da ação reproposta, créditos suficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Jorge Alberto. Comentários aos artigos 791 a 798 da CLT. In: TRINDADE, Rodrigo de Souza (org.). *CLT Comentada pelos juízes do trabalho da 4ª Região*. ver. e atual. com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) e a transitividade da MP 808/2017. Inclui Súmulas e OJs do TRT-RS. São Paulo: LTr, 2018. p. 579-590.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da justiça gratuita*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

EÇA, Vitor Salino de Moura. Despesas processuais trabalhistas após a reforma. In: SOUZA JÚNIOR, Antonio Humberto; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney (coord.). *Reforma Trabalhista*. Análise e comentários sobre a Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2018. p. 87-92.

FILETI, Narbal Antônio de Mendonça. Comentário ao art. 791-A da CLT. In: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). *Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho*: artigo por artigo. Atualizada até o fim da vigência da MP 808/17 e Lei 13.660/18. São Paulo: LTr, 2018. p. 375-383.

- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GOES, Alfredo. A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita sobre os honorários advocatícios e a garantia de acesso à justiça. *Revista LTr*, São Paulo, ano 82, n. 3, p. 312-319, março 2018.
- MARCACINI, Augusto Rosa Tavares. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MIZIARA, Raphael. Novidades em torno do benefício da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 44, n. 185, p. 85-104, jan. 2018.
- MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade*. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios Trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.
- MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 81, n. 3, p. 19-36, jul.-set. 2015.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Honorários de sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita: proposta interpretativa à luz do princípio da proteção. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 7, p. 779-780, jul. 2018.
- SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho em face da Lei n. 13.467/2017. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 984, p. 129-147, out. 2017.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Med. Prov. n. 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *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.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho em face da Lei 13.467/2017, de Fernando Augusto de Vita Borges de Sales – RT 984/129-147 (DTR\2017\6427);
- Novidades em torno do benefício da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo, de Raphael Miziara – RDT 185/85-104 (DTR\2017\7116); e
- A reforma trabalhista e as alterações para a concessão do benefício da gratuidade judicial às pessoas jurídicas, de Gisela Belluzzo de Almeida Salles – RT 993/449-452 (DTR\2018\17936).

A MULTA DO ART. 477 DA CLT E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO E DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

THE FLEET OF ART. 477 OF THE CLT AND THE JURISPRUDENCE OF THE REGIONAL LABOR COURTS AND THE SUPERIOR COURT OF LABOR

RODOLPHO CÉZAR AQUILINO BACCHI

Ex-assessor do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Católica de Petrópolis. Professor no Curso de Graduação da Universidade Estácio de Sá e de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior de Advocacia (ESA/RJ). Advogado. rodolphobacchi@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Trabalho; Processual

RESUMO: O presente artigo estuda a multa aplicada pelo artigo 477, §º da CLT, que determina o pagamento das verbas rescisórias em sua forma e prazo, fazendo uma correlação entre a legislação e o que a jurisprudência dos tribunais regionais e o Tribunal Superior do Trabalho vem apresentando sobre o tema, suas controvérsias e indefinições.

PALAVRAS-CHAVE: Multa rescisória – Rescisão contratual – Jurisprudência trabalhista – Processo trabalhista – Divergência jurisprudencial.

ABSTRACT: This article examines the fine imposed by article 477, § of the CLT, which determines the payment of severance pay in its form and term, making a correlation between the legislation and what the jurisprudence of the regional courts and the Superior Court of Labor presenting on the subject, their controversies and uncertainties.

KEYWORDS: Termination fine – Contractual termination – Labor jurisprudence – Labor lawsuit – Jurisprudential divergence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O pagamento das verbas rescisórias. 3. A incidência da multa do art. 477 da CLT e a jurisprudência dos TRTs e TST. 3.1. A multa do art. 477 da CLT e reconhecimento do vínculo de emprego em juízo. 3.1.1. Julgado do Tribunal Superior do Trabalho. 3.2. A multa do art. 477 da CLT e a reversão da dispensa por justa causa em sem justa causa. 3.2.1. Julgado do Tribunal Superior do Trabalho. 3.3. A multa do art. 477 da CLT e a existência de diferenças de verbas rescisórias reconhecidas em juízo. 3.3.1. Julgado do Tribunal Superior do Trabalho. 3.4. A multa do art. 477 da CLT e a relação de emprego doméstico. 3.4.1. Julgado do Tribunal Superior do Trabalho. 3.5. A multa do art. 477 da CLT e a não entrega dos documentos rescisórios. 3.6. A multa do art. 477, § 8º, da CLT e a dispensa coletiva. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O art. 477, § 8º, da CLT dispõe que a inobservância dos prazos para pagamento das verbas resilitórias descrito no § 6º do mesmo artigo acarreta o pagamento de duas multas, sendo uma em favor do empregado em valor equivalente ao seu salário e outra no valor de 160 BTN destinada aos cofres públicos. Trata-se de penalidade não originária do texto consolidado, tendo sido introduzida pela Lei 7.855, de 24 de outubro de 1989.¹

A finalidade da reprimenda é evitar que o empregado permaneça indefinidamente aguardando o pagamento das verbas decorrentes da dispensa sem justa causa, pois até a sua inserção na CLT era assegurado ao trabalhador apenas o acesso ao Judiciário², que lhe garantia a incidência de juros e atualização monetária.

Entretanto, existe forte controvérsia na doutrina e na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, bem como dos Tribunais Regionais do Trabalho, acerca da aplicação da multa do art. 477 da CLT, tais como nos casos de reconhecimento do vínculo de emprego em juízo e de diferenças de verbas rescisórias, reversão da dispensa por justa causa em sem justa causa etc.

A partir disso, surge o objeto de estudo do presente artigo que será a aplicação da multa do art. 477 da CLT de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho.

Desenvolveremos o presente estudo, apontando, inicialmente, as principais disposições acerca do pagamento das verbas rescisórias. Logo após, apresentaremos algumas controvérsias na jurisprudência dos TRTs e do TST envolvendo a aplicação da multa do art. 477 da CLT, através da análise de alguns arestos jurisprudenciais.

2. O PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS

A CLT, em sua redação original, previa em seu art. 477, § 4º, que as verbas rescisórias deveriam ser pagas em dinheiro ou cheque no ato da homologação da

-
1. Artigo elaborado em memória da Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e Professora aposentada da Universidade Federal de Minas Gerais Alice Monteiro de Barros.
 2. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2013. p. 1175.

rescisão do contrato de trabalho e, caso o obreiro fosse analfabeto, o pagamento deveria ser realizado apenas em dinheiro.

Em relação ao pagamento, o § 6º do art. 477 estabelecia dois prazos. O primeiro deles (art. 477, § 6º, *a*, da CLT) era no sentido de que o pagamento poderia ser realizado no primeiro dia útil imediato ao término do contrato, sendo aplicável nos contratos por tempo determinado que se extingam em virtude do advento do termo final³. Esse exíguo prazo se justificava pelo fato de haver a prévia determinação dos termos inicial e final do contrato de trabalho⁴. Da mesma forma, aplicava-se o referido prazo nas hipóteses de contrato de trabalho por prazo indeterminado em que houve o aviso prévio trabalhado.

Na alínea *b* do art. 477, § 6º, da CLT, tinha-se o segundo prazo que é de dez dias, contados da data da comunicação da cessação contratual, sendo esse aplicável nas hipóteses de dispensa por justa causa, extinção do contrato de trabalho por motivo de morte do empregado, pedido de demissão sem a concessão do aviso prévio, além da dispensa sem justa causa, com a liberação do cumprimento do aviso prévio, ou sem a concessão do aviso prévio⁵.

O descumprimento dos referidos prazos enseja a incidência de duas multas, sendo a primeira de natureza administrativa, no montante de 160 BTN, para cada empregado, e a outra, em favor do empregado, no valor equivalente ao seu salário devidamente corrigido pelo índice de variação da UFIR. Tais sanções não seriam devidas caso, comprovadamente, o trabalhador tivesse dado azo à mora, nos termos do art. 477, § 8º, *in fine*, da CLT.

Recentemente, a Lei 13.467/2017 alterou, entre outros, os §§ 4º, 5º e 6º do art. 477, passando a prever que o pagamento poderá ser realizado em dinheiro, depósito bancário ou cheque visado, conforme acordem as partes; ou em dinheiro ou depósito bancário quando o empregado for analfabeto (art. 477, §§ 4º e 5º, da CLT).

Ademais, o art. 477, § 6º, da CLT teve sua redação alterada para prever que a entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes, bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação, deverão ser efetuados em até dez dias contados a partir do término do contrato.

3. Idem.

4. Idem.

5. Idem.

3. A INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 477 DA CLT E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRTs E TST

Podemos destacar, entre outras, no âmbito da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, como principais controvérsias envolvendo a aplicação da multa do art. 477, § 8º, da CLT, as hipóteses de reconhecimento do vínculo de emprego em juízo e de diferenças de verbas rescisórias, reversão da dispensa por justa causa em sem justa causa etc., as quais analisaremos a seguir.

3.1. A multa do art. 477 da CLT e reconhecimento do vínculo de emprego em juízo

A primeira controvérsia envolvendo a aplicação da multa do art. 477 da CLT é aquela concernente ao reconhecimento do vínculo de emprego em juízo⁶.

O entendimento que vem prevalecendo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho é o de que a decisão judicial que reconhece a existência de vínculo de emprego apenas declara situação fática preexistente, o que impõe a incidência da multa do art. 477, § 8º, da CLT pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias⁷.

6. “Agravado de instrumento. [...] Multa do art. 477 da CLT. Vínculo reconhecido em juízo. Devida. 1. Hipótese em que o Tribunal regional entendeu que o reconhecimento da existência de vínculo de emprego em sentença gera para o empregado o direito à multa pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias, pois ao tempo da ruptura contratual já havia elementos bem delineados da figura do emprego. 2. A indicação genérica do art. 477 da CLT, sem especificação do parágrafo tido como afrontado, esbarra no contido na Súmula 221 do TST, segundo a qual a admissibilidade do recurso de revista e de embargos por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado. Precedentes. 3. E pela divergência jurisprudencial, o recurso de revista não merece ser admitido, por óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST, uma vez que a jurisprudência que se tem firmado no âmbito desta e. Corte Superior é a de que o reconhecimento judicial de vínculo de emprego, por si só, não se mostra suficiente para afastar a multa. Agravado de instrumento conhecido e não provido” (TST-AIRR-210400-92.2007.5.02.0057, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª T., DEJT 13.12.2013).

7. Recentemente, no âmbito do TST, o referido entendimento restou cristalizado na Súmula 462: “A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias”.

Tal fato se justifica, pois a Orientação Jurisprudencial 351 da SBDI-I, que adotava a tese de que seria indevida a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT quando caracterizada fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa, restou cancelada pelo Tribunal Pleno do TST, por intermédio da Resolução 163, de 16.11.2009, publicada no *DJe* em 20, 23 e 24.11.2009, reabrindo a discussão acerca do tema.

Outrossim, o art. 477, § 8º, da CLT impõe expressamente ao empregador a cominação de multa pelo inadimplemento da obrigação de quitar as parcelas constantes do instrumento de rescisão no prazo legal, sendo excepcionada apenas em havendo mora causada pelo trabalhador⁸. Nesse contexto, a fundada controvérsia quanto à existência do vínculo de emprego, por si só, não tem o condão de afastar a incidência da multa, porquanto não se pode cogitar em culpa do empregado, uma vez que se trata do reconhecimento judicial de situação fática preexistente.

Ademais, esse é o posicionamento, respectivamente, dos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e 4ª Regiões⁹, *verbis*:

Súmula 30 do TRT da 1ª Região – Multa do art. 477, § 8º, da CLT

Reconhecido o vínculo de emprego ou desconstituída a justa causa, impõe-se a cominação.

Súmula 58 do TRT da 4ª Região – Multa do art. 477, § 8º, da CLT

A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida em juízo não afasta o direito à multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

Em sentido contrário, a jurisprudência consolidada do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região¹⁰ através da Súmula 26 entende pela inaplicabilidade da

8. Nesse diapasão, é o elastério de Alice Monteiro de Barros:

“E nem se diga que, controvertida a relação jurídica, o empregador não poderia pagar as verbas rescisórias. Ora, tal circunstancia traduz um risco do empreendimento econômico, que, de acordo com o art. 2º do texto consolidado, deverá ser suportado pelo empregador.

Por outro lado, uma vez reconhecido o liame empregatício, deve-se atribuir ao trabalhador a totalidade dos direitos assegurados nas normas trabalhistas e de imediato. Contemplar o empregador, no caso infrator, com a isenção da multa, implicaria injustiça em relação ao que desde o início reconheceu o pacto laboral, com todos os seus ônus” (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2011. p. 763).

9. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 535.

10. Reconhecido o vínculo de emprego, de razoável controvérsia, em decisão judicial, não é aplicável a multa do art. 477, § 8º, da CLT. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique.

multa do art. 477 da CLT quando houver razoável controvérsia sobre a existência ou não do vínculo de emprego.

3.1.1. Julgado do Tribunal Superior do Trabalho

Analisaremos agora, aresto do Tribunal Superior do Trabalho que, seguindo o entendimento que vem prevalecendo na Corte, entendeu que o reconhecimento judicial de vínculo de emprego, por si só, não possui o condão de afastar a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

3.1.1.1. Embargos de Divergência 45900-90.2004.5.04.0531

O julgado sobre o qual teceremos alguns comentários é o Embargos de Divergência 45900-90.2004.5.04.0531, em que figuraram como recorrente Nelson Ignácio Messinger e como recorridos Marlete Fátima Trombretta Koeppel.

A 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho entendeu pelo não conhecimento do recurso de revista quanto à multa do art. 477 da CLT.

Em seu voto, afirmou o Ministro Relator, Renato de Lacerda Paiva¹¹, que o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Orientação Jurisprudencial 351 da SBDI-1, publicada no DJU de 25.04.2007, vinha entendendo que era “incabível a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa”.

Contudo, asseverou o relator que o Tribunal Pleno desta Corte decidiu, por maioria de votos, através da Resolução 163/2009, cancelar a referida Orientação Jurisprudencial.

A partir disso, o Ministro Relator, alegou que a multa do art. 477 da CLT só não é devida quando ficar comprovado que o trabalhador deu causa à mora no seu pagamento.

Nesse diapasão, esclareceu ainda que a falta de quitação das verbas rescisórias devidas ao empregado, quando da rescisão contratual, importa em mora salarial,

Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 536.

11. Disponível em: [<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=45900&digitoTst=90&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0531&submit=Consultar>]. Acesso em: 02.04.2015.

sendo irrelevante o fato de o vínculo empregatício ter sido reconhecido por decisão judicial, uma vez que o art. 477 da CLT não faz qualquer ressalva a esse respeito. Ademais, a decisão que reconhece a relação empregatícia possui natureza declaratória e não constitutiva, ou seja, reconhece que as parcelas rescisórias já eram devidas à época da quitação.

Dessa forma, advogou o relator que a simples invocação de inexistência de vínculo empregatício, na defesa, não isenta o empregador do pagamento da multa, eis que a única exceção contida no art. 477, § 8º, da CLT é a hipótese em que ficar comprovado que o trabalhador deu causa à mora no seu pagamento, o que não era o caso dos autos.

Concluiu, a Subseção I Especialidade em Dissídios Individuais, por unanimidade, pelo conhecimento do recurso de embargos quanto ao tema do vínculo de emprego, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, pelo seu improvimento. Também por unanimidade, a SDI-I entendeu pelo conhecimento do recurso de embargos quanto ao tema da multa do art. 477 da CLT, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, pelo seu não provimento.

3.2. *A multa do art. 477 da CLT e a reversão da dispensa por justa causa em sem justa causa*

A segunda controvérsia a ser analisada é aquela concernente à incidência da multa do art. 477 da CLT em havendo reversão da dispensa por justa causa em sem justa causa.¹²

O entendimento consolidado no Tribunal Superior do Trabalho é o de que a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT é devida independentemente de a controvérsia a respeito da motivação da dispensa ter sido dirimida em Juízo, sendo indevida a dita penalidade apenas quando o empregado der causa à mora¹³.

12. A propósito do tema, o pensamento doutrinário de Alice Monteiro de Barros (*Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 762 – grifos no original):

“Há julgados sustentando que a *controvérsia processual* estabelecida no tocante à relação empregatícia ou alusiva à causa de cessação do contrato (arguição de justa causa) são suficientes para tornar inaplicável a multa prevista no art. 477, § 8º da CLT, por descumprimento do prazo para quitação das verbas rescisórias. Nesse sentido era a OJ 351 do TST, hoje cancelada.

Divergimos da tese esposada. Ora, o texto legal não contém essas exceções, limitando-se a tornar a multa indevida apenas quando *o trabalhador, comprovadamente, der causa à mora*”.

13. “Multa do artigo 477 da CLT. Reversão judicial da justa causa. Após o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 351 da SBDI-1 do TST, o entendimento nesta Corte é o

Tal raciocínio, *a fortiori*, se justifica em razão do fato de que o provimento judicial que reverteu a dispensa sem justa causa em dispensa injusta não tem como efeito constituir obrigação contra o empregador, mas apenas declarar o equívoco quanto à motivação da dispensa do autor e, por conseguinte, restabelecer a ordem jurídica, imputando a responsabilidade integral à empresa pelo ato nocivo praticado contra o empregado.

Nesse contexto é o cancelamento da referida Orientação Jurisprudencial 351 da SBDI-I pelo Tribunal Pleno, que dispunha no sentido de que era indevida a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT quando houvesse fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa¹⁴.

Adotando entendimento diverso, a Súmula 33 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em seu inciso I, sustenta que a rescisão contratual por justa causa, quando afastada em juízo, não implica condenação na multa.

3.2.1. Julgado do Tribunal Superior do Trabalho

Analisaremos a seguir, aresto jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que, seguindo o entendimento sedimentado daquela Corte, posicionou-se no sentido de ser devida a multa do art. 477 da CLT na ocorrência da reversão da dispensa sem justa causa em dispensa imotivada.

3.2.1.1. Recurso de Revista 3471200-20.2007.5.09.0651

O Recurso de Revista 3471200-20.2007.5.09.0651 foi interposto por OVD Importadora e Distribuidora Ltda. no processo em que figurou como recorrido

de que o cabimento da multa do § 8º do art. 477 da CLT deve ser decidido levando-se em conta as circunstâncias específicas da lide. No caso concreto, a desconstituição em juízo da justa causa imputada ao reclamante, por não restarem provados os motivos ensejadores dessa modalidade de dispensa, não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, uma vez que as verbas rescisórias efetivamente devidas não foram pagas no prazo estabelecido no § 6º do citado dispositivo. Decisão regional proferida em conformidade com os precedentes desta Corte. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento” (RR-436-73.2010.5.10.0011, rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª T., DEJT 15.03.2013).

14. Nesse diapasão são as Súmulas 30 do TRT da 1ª Região e 36 do TRT da 3ª Região:

“Reconhecido o vínculo de emprego ou desconstituída a justa causa, impõe-se a cominação”.

“A reversão da justa causa em juízo enseja, por si só, a condenação ao pagamento da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT”.

Paulo Cesar Gabriel, versando, além de outros temas, acerca inoocorrência a multa do art. 477 da CLT na hipótese de reversão da justa causa, por entender que o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região teria violado a Orientação Jurisprudencial 351 da SBDI-1, porque, havendo controvérsia sobre a validade da justa causa aplicada, então, por decorrência, haveria controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região considerou que revertida a justa causa aplicada *in casu* e deferidas as verbas rescisórias devidas, impõe-se reconhecer a incidência da multa legal (CLT, art. 477, § 8º), pois sendo incontroversa a não quitação das verbas rescisórias, devida é a multa do art. 477 da CLT.

Ainda segundo o Tribunal de origem, o fato dessas verbas derivarem de reversão de justa causa reconhecida em juízo não exclui a penalidade em tela. Inteligência do § 6º c/c § 8º do art. 477 da CLT. De mais a mais, a ausência de pagamento das rescisórias, à época, por si só, revela a mora em que incidiu a reclamada, independentemente da controvérsia instaurada a respeito da questão, já que o dispositivo legal não afasta a sanção nessa hipótese.

Diante disso, condenou a recorrente no pagamento da multa do art. 477 da CLT.

O Ministro Relator Alexandre Agra Belmonte, iniciou o seu voto no mencionado processo entendendo o Tribunal Superior do Trabalho, após o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 351 da SBDI-1, adotou o entendimento de que a aplicação da multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT deve ser decidida caso a caso, levando-se em conta as circunstâncias específicas da lide.

Entretanto, segundo o relator, o posicionamento da Corte tem se pacificado no sentido de que a decisão judicial por meio da qual se reconhece a forma de extinção do contrato de trabalho apenas declara situação fática preexistente, o que impõe a incidência da multa do art. 477, § 8º, da CLT.

Asseverou ainda que, a Subseção I de Dissídios Individuais assentou o entendimento de que a única exceção que justifica a não aplicação da referida multa é a comprovação de que o trabalhador deu causa à mora no pagamento das verbas rescisórias devidas, o que não se verifica no caso de reversão da dispensa por justa causa por via judicial.

Em razão do exposto, os Ministros da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, seguindo o voto do Ministro Relator, não conheceram do recurso de revista quanto ao tema.

3.3. *A multa do art. 477 da CLT e a existência de diferenças de verbas rescisórias reconhecidas em juízo*

Outra controvérsia importante é no que tange à aplicação da multa do art. 477 da CLT diante do deferimento de diferenças de parcelas rescisórias em juízo.

O posicionamento consolidado da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é de que é incabível a multa do art. 477, § 8º, da CLT, fundamentada no reconhecimento judicial de diferenças, uma vez que tal hipótese não está abrangida pelo dispositivo legal supracitado.

Acrescente-se ainda que a natureza penal da dita multa impede a interpretação extensiva de seu preceito, salvo em hipóteses de pagamento fraudulento¹⁵ ou de mora protagonizada pelo empregado.

Destarte, em não havendo moral patronal deliberada, mas, sim, reconhecimento judicial de direito ao autor de parcela trabalhista, o que implicou repercussão nas verbas rescisórias adimplidas a tempo e modo por ocasião da rescisão contratual, não há que se falar na imposição da dita multa.

Destacam-se aqui as Súmulas 33, II, do TRT da 2ª Região, 106 do TRT da 15ª Região e 36 do TRT da 17ª Região:

O reconhecimento mediante decisão judicial de diferenças de verbas rescisórias não acarreta a aplicação da multa.

A multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT é sanção imposta ao empregador que não paga as parcelas rescisórias constantes do instrumento de rescisão no prazo a que alude o § 6º do mesmo dispositivo legal. Não há previsão de sua incidência para a hipótese de pagamento incorreto ou insuficiente.

O reconhecimento judicial de diferenças de parcelas rescisórias não implica o deferimento da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, por ausência de previsão legal. Esta sanção é aplicável nas hipóteses em que for descumprido o prazo estabelecido no § 6º do dispositivo celetista e nos casos de inadimplemento quando o vínculo empregatício for reconhecido em Juízo.

15. “Recurso de embargos. Multa do artigo 477 da CLT – diferenças de verbas rescisórias. A mera consideração sobre a existência de diferenças de verbas rescisórias reconhecidas em juízo não se consubstancia em motivo determinante da cominação do artigo 477, § 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de embargos conhecido e provido” (E-RR-193700-42.2005.5.17.0009, j. 21.11.2013, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, *DEJT* 29.11.2013).

Não bastasse, tem-se o fato de que após o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 351 da SDI-1 do TST, somente seria indevida a dita reprimenda quando o empregado der causa à mora (art. 477, § 8º, *in fine*, da CLT).

3.3.1. Julgado do Tribunal Superior do Trabalho

Apresentaremos a seguir importante aresto jurisprudencial ventilando a tese majoritária do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na impossibilidade de deferimento da multa do art. 477 da CLT na hipótese de reconhecimento em juízo de diferenças de parcelas rescisórias.

3.3.1.1. Recurso de Revista 50500-35.2009.5.17.0009

No que tange à controvérsia envolvendo a multa do art. 477 da CLT na hipótese de reconhecimento em juízo de diferenças de parcelas rescisórias, o julgado sobre o qual teceremos alguns comentários é o Recurso de Revista 50500-35.2009.5.17.0009, em que figuraram como recorrente Moisés Coutinho Alves e como recorridos Damarka S.A. – Indústria e Comércio. O recorrente interpôs Recurso de Revista, com o intuito de adversar acórdão do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, que, entre outros temas, havia indeferido a multa do art. 477 da CLT, sustentando que teria havido a mora, pois o recorrido não teria pago corretamente as verbas rescisórias ao recorrente, sendo esse fato suficiente para o deferimento da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Afirmou ainda, que a obrigação do empregador se encerra com o pagamento integral das verbas rescisórias e a homologação da rescisão¹⁶. Senão vejamos um trecho do v. acórdão:

2.3.2. Multa do art. 477, § 8º, da CLT

Insurge-se o reclamante, alegando que o fato das verbas rescisórias terem sido pagas a menor, é suficiente para o deferimento da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

Sem razão.

A multa do § 8º, do artigo 477, da CLT, é devida, exclusivamente, na hipótese de atraso no pagamento das verbas rescisórias constantes do termo de rescisão, não se podendo elastecer o seu alcance.

16. Disponível em: [<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=50500&digitoTst=35&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0009&submit=Consultar>]. Acesso em: 03.04.2015.

Ademais, o reconhecimento judicial de parcelas não tem o condão de atrair a aplicação da multa discutida, de modo que eventual incorreção dos valores das verbas constantes do termo de rescisão contratual não justifica a aplicação de tal penalidade.

Primeiramente, o Ministro Relator Fernando Eizo Ono abordou em seu voto que o art. 477, § 8º, da CLT impõe a aplicação de multa ao empregador que não quitar as parcelas rescisórias no prazo previsto no § 6º do mesmo dispositivo de lei. Extrai-se do referido dispositivo que o único requisito para a imposição da penalidade é o pagamento dos haveres trabalhistas a destempo. Por conseguinte, não há, segundo o relator, previsão legal para aplicação de multa quando o pagamento é feito no prazo, e a sentença, posteriormente, defere diferenças de verbas rescisórias.

Dessa forma, segundo o Relator, se o pagamento das verbas rescisórias foi realizado tempestivamente, como se extrai do acórdão recorrido, não há ofensa ao art. 477, § 8º, da CLT.

Asseverou, ainda, que haveria óbice ao conhecimento do recurso de revista no particular em virtude da falta de especificidade dos arestos transcritos, o que atrai a aplicação do entendimento contido na Súmula 296, I, do TST.

Diante do exposto, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, julgou no sentido de não conhecer do recurso de revista no que tange à multa do art. 477 da CLT, bem como no que se refere aos outros temas.

3.4. A multa do art. 477 da CLT e a relação de emprego doméstico

O posicionamento majoritário da jurisprudência, incluindo-se a do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho é pela inaplicabilidade da multa do art. 477 da CLT à relação de emprego doméstica.¹⁷

Primeiramente, segundo aqueles que defendem tal tese, o art. 7º, *a*, da CLT exclui a aplicação dos preceitos celetistas aos empregados domésticos, exceto no caso de haver determinação expressa em sentido contrário.

17. “Recurso de revista. Empregado doméstico. Multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT. O disposto no art. 7º, *a*, da CLT afasta a aplicação dos seus preceitos aos empregados domésticos, estando eles sujeitos ao regime jurídico disciplinado na Lei 5.859/72 e ao que estabelece o parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal, além de fazerem jus aos benefícios previstos em legislação esparsa, não se inserindo nesses direitos as multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT. Recurso de revista a que se nega provimento” (TST, RR-35700-37.2007.5.02.0446, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, j. 15.09.2010, 5ª T., DEJT 24.09.2010).

Em segundo plano, a multa pela percepção das verbas rescisórias em atraso não está contemplada no rol dos direitos dos trabalhadores enumerados no artigo 7º da Constituição Federal, tampouco no parágrafo único do mesmo dispositivo, que trata dos direitos dos empregados doméstico.

Destarte, para essa corrente, não se aplicam aos empregados domésticos, porque não se encontram elencadas dentre as hipóteses taxativas e restritivas do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, e também em virtude da vedação contida na alínea *a* do art. 7º da CLT.

Por outro lado, existe posicionamento minoritário na doutrina¹⁸ e jurisprudência de alguns Tribunais Regionais do Trabalho¹⁹ pugnando pela incidência da multa do art. 477 da CLT ao vínculo de emprego doméstico.

O primeiro argumento para aqueles que advogam tal tese é o de que, em tendo o constituinte assegurado ao empregado doméstico uma série de direitos trabalhistas no art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal, torna-se razoável concluir que, paralelamente, os dispositivos infraconstitucionais disciplinadores de pagamento, prazo e de multa dessas obrigações legais pelo empregador também devem ser aplicados àquela relação jurídica.

Ainda mais, apesar de não existir previsão na Lei 5.859/72 de aplicação do art. 477 da CLT à relação de emprego doméstico, o disposto no art. 122 do Novo

-
18. Nesse sentido, Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig sustentam que, embora a Constituição Federal tenha concedido aos domésticos apenas alguns dos direitos outorgados ao empregado comum, a CLT lhes é aplicável quase por inteiro. É que cada um daqueles novos direitos provoca ou atrai a incidência de outros, nem sempre pressentidos. Tal como na natureza, entrelaçam suas raízes, vivendo numa espécie de simbiose. Assim, cabe a aplicação da multa do art. 477, § 8º, da CLT (GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *Multado art. 477 da CLT: trabalhador doméstico*. Disponível em: [www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_va_34.asp]. Acesso em: 04.04.2015).
 19. “Empregado doméstico. Multa do artigo 477 da CLT devida. A multa do artigo 477, § 8º, da CLT é endereçada a todos os trabalhadores, inclusive o doméstico. Isso porque o caput do artigo 7º da Constituição Federal traz embutido o princípio protetivo, pois, além de enumerar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, assegura também outros direitos que visem à melhoria da condição social do obreiro. Portanto, sendo inegável que a extensão ao empregado doméstico de o direito aos haveres rescisórios trabalhistas serem pagos no prazo determinado em lei atende ao requisito do texto constitucional, mormente considerando que se trata de verba de natureza alimentar, devida é parcela quando não observado o prazo legal para o pagamento pelo empregador” (TRT-10ª Região, RO 00386-2011-802-10-00-4, rel. Des. Mário Macedo Fernandes Caron, 2ª Turma, DEJT 01.07.2011).

Código Civil veda que a condição de cumprimento de uma obrigação fique sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes.

Com efeito, se não existir prazo para pagamento de verbas rescisórias, ficará ao exclusivo arbítrio do empregador doméstico, o que não seria legalmente permitido. E ainda, o referido dispositivo do Código Civil possui compatibilidade com o texto consolidado, tendo em vista a natureza contratual da relação de emprego doméstico (art. 8º da CLT).

Por derradeiro, destaca-se que a Emenda Constitucional 72/2013 afirma categoricamente que pretende alterar a “a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”.

3.4.1. *Julgado do Tribunal Superior do Trabalho*

Analisaremos a seguir, de maneira aprofundada, aresto jurisprudencial favorável à aplicação da multa do art. 477 da CLT à relação de emprego doméstico do Tribunal Superior do Trabalho.

3.4.1.1. Recurso de Revista 2037-03.2011.5.15.0024

O Recurso de Revista 2037-03.2011.5.15.0024 em que figuraram como recorrente Cássio Roberto Cicarelli Giorgetto e como recorrida Rosimeire Siqueira versa sobre a aplicação da multa do art. 477 da CLT à relação de emprego doméstico. O recorrente interpôs Recurso de Revista, com o intuito de adversar acórdão do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que havia condenado o mesmo no pagamento da multa do art. 477 da CLT, pois teria violado os arts. 5º, II, e 7º, parágrafo único, da Constituição Federal e 7º, *a*, da CLT. Argumentou que a multa do art. 477 da CLT não se aplica aos domésticos.²⁰

De partida, a Ministra Relatora Delaíde Miranda Arantes declarou que cunha com o posicionamento de que não há como conferir efetividade aos direitos do trabalhador doméstico sem as correspondentes medidas persuasivas, como as penalidades em questão, que têm por finalidade desestimular o descumprimento da lei.

20. Disponível em: [<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2037&digitoTst=03&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0024&submit=Consultar>]. Acesso em: 04.04.2015.

No entanto, afirmou que o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que as multas dos artigos 467 e 477 da CLT são inaplicáveis ao empregado doméstico em face da restrição prevista no art. 7.º, *a*, da CLT. Para corroborar tal afirmação, transcreveu a ementa de alguns entendimentos jurisprudenciais da Corte.

Por sua vez, segundo a relatora, o art. 7.º, parágrafo único, da Constituição Federal enumera os direitos e garantias assegurados aos empregados domésticos, entre os quais não se encontra a multa do art. 477 da CLT.

Desse modo, curvando-se ao entendimento predominante na jurisprudência do TST, a Ministra Relatora entendeu que as multas dos arts. 467 e 477 da CLT são inaplicáveis ao empregado doméstico em face da restrição prevista no art. 7.º, *a*, da CLT e do disposto no art. 7.º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Isso posto, por unanimidade, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, seguindo o voto do Ministro Relator, conheceu do recurso de revista quanto à multa do art. 477 da CLT e, no mérito, deu-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento da multa do art. 477 da CLT, ressalvado o entendimento pessoal da relatora.

3.5. A multa do art. 477 da CLT e a não entrega dos documentos rescisórios

Hodiernamente, nova controvérsia surge com a modificação do art. 477, § 6º, da CLT, que discorre que

a entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.

Isso porque, diferentemente da divergência envolvendo a incidência da dita multa quando da não realização da homologação rescisória²¹, a nova redação do art. 477, § 6º, dispõe expressamente que deverá o empregador efetuar a quitação

21. A Lei 13.467/2017, alterando o art. 477, *caput*, da CLT, excluiu a exigência da homologação rescisória. No âmbito da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, prevalecia, à época da vigência do art. 477, *caput*, da CLT em sua redação original, o entendimento de que era indevida a multa do art. 477, § 8º, da CLT quando o pagamento das verbas rescisórias é efetuado dentro do prazo legal, a despeito de a homologação e entrega das guias de TRCT ocorrerem em data posterior e a destempo. Nesse aspecto, fato gerador da multa, estipulada no § 8º do art. 477 da CLT, portanto, seria apenas o extrapolamento do prazo na quitação das parcelas devidas por ocasião da rescisão contratual.

dos haveres resilitórios e a entrega dos documentos concernente à extinção contratual (guias do FGTS e seguro-desemprego) no prazo de dez dias.

A partir disso, é razoável sustentar a tese de que a rescisão contratual não envolve apenas o pagamento das verbas atinentes ao término do vínculo de emprego, mas também a entrega dos documentos aptos a conferir o acesso aos valores constantes na conta vinculada do FGTS e o benefício social do seguro-desemprego.

3.6. *A multa do art. 477, § 8º, da CLT e a dispensa coletiva*

Outra questão nova decorrente da Lei 13.467/2017 é a aplicação ou não da multa do art. 477, § 8º, da CLT nas denominadas dispensas plúrimas, autorizadas pelo novel art. 477-A da CLT.

Aqui deve ser realizada uma interpretação sistemática do Capítulo V, denominado “Da Rescisão”, que compreende o microsistema a ser aplicado quando do término do contrato de trabalho, motivo pelo qual é sustentável a incidência da aludida multa caso seja descumprida a determinação do art. 477, § 6º, da CLT.

4. CONCLUSÃO

Como visto, a multa do art. 477, § 8º, da CLT configura medida importante e eficaz, tanto de caráter punitivo, quanto pedagógico para o cumprimento do texto consolidado.

As modificações trazidas pela Lei 13.467/2017 em relação ao tema foram no sentido de desburocratizar a rescisão contratual ao extinguir a homologação rescisória obrigatória, retirando atribuição do Ministério do Trabalho e dos Sindicatos, sem retirar a eficácia da sanção.

Tal entendimento se justificava pelo fato de que, apesar de a homologação ser pressuposto de validade formal da rescisão contratual, o art. 477, § 6º, da CLT em sua redação original trata apenas dos prazos para o pagamento das verbas das rescisórias, e não do prazo a ser observado para a homologação da rescisão do contrato de trabalho.

Em contrapartida, o entendimento contrário, no qual nos filiamos, pugnava pela incidência da multa do art. 477 da CLT no caso de homologação tardia, mesmo em havendo o pagamento tempestivo das verbas resilitórias.

Para os adeptos desse entendimento, o pagamento rescisório, regulado pelo art. 477 da CLT, configuraria ato jurídico complexo, envolvendo também a “baixa” na CTPS e a expedição de documentos para saque do FGTS, a par da assistência homologatória em contratos superiores a um ano.

Importante destacar, porém, que poderá retornar controvérsia envolvendo o alcance dos atos a serem realizados no prazo de dez dias, ou seja, se a multa incide apenas no inadimplemento das verbas resilitórias naquele prazo ou se a não entrega das guias de seguro-desemprego e de liberação do FGTS também dão azo à dita sanção.

Ademais, modernizou-se a forma de pagamento dos haveres resilitórios ao se permitir expressamente o pagamento em depósito bancário, possibilitando-se ainda a escolha por parte do empregador do meio de pagamento (dinheiro ou cheque ou depósito).

Em relação às controvérsias envolvendo a aplicação da multa do art. 477, § 8º, da CLT vimos que algumas não restaram dirimidas pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, especialmente pelo fato de restarem consolidadas através de Súmulas, o que causa enorme insegurança jurídica.

5. REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2011.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *Multa do art. 477 da CLT: trabalhador doméstico*. Disponível em: [www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_va_34.asp]. Acesso em: 04.04.2015.
- MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de Oliveira. *Comentários às Súmulas do TST*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Súmulas do TST comentadas*. 13. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2012.
- VILLELA, Fábio Goulart. *Manual de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2012.

PESQUISA DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Extinção do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol em âmbito nacional e internacional, de Christian Pfeifer Koelln – *RBDD* 19/139-199 (DTR\2011\1874).

A JORNADA INTERMITENTE E A EXPANSÃO DO LIMBO PREVIDENCIÁRIO: A QUEM CABERÁ A PROTEÇÃO SOCIAL DA CONTRIBUIÇÃO INSUFICIENTE?

*THE INTERMITTENT DAY AND THE EXPANSION OF
THE PREVENTIONAL LIMBO: WHO WILL BE THE SOCIAL
PROTECTION OF THE INSUFFICIENT CONTRIBUTION?*

MARCELO VITOR SILVA RIZZO

Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2013-2017). Foi participante do Grupo de Pesquisa Gramática dos Direitos Fundamentais – GRADIF, vinculado ao CNPQ, do UNIVEM. Membro Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. Tem experiência na área de Direito com ênfase em Direito do Trabalho e Teoria Geral do Estado.
mavsrizzo@gmail.com

HELOÍSA HELENA SILVA PANCOTTI

Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário Toledo. Membro do Grupo de Pesquisa INPP – A intervenção do Poder Público na vida da pessoa. Atuou na OAB-Mulher da 68ª Subseção de Birigui/SP.
Advogada.
hpancotti@gmail.com

RICARDO BISPO RAZABONI JUNIOR

Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES/PROSUP. Pós-Graduando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis. Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal e do Grupo de Pesquisa DiFuSo (Direitos Fundamentais Sociais), ambos cadastrados no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Professor de pós-graduação *lato sensu* na Federal Concursos e pós-graduações em São Paulo. Professor autor da Nova Concursos em São Paulo. Realiza estágio-docência na graduação do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Advogado e Consultor Jurídico.
razabonijr@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Previdenciário

RESUMO: O Direito do Trabalho, assim como muitos outros ramos do Direito, tem uma carga grande de mutação para acompanhar a evolução da sociedade. Decorre que dos reflexos econômicos e políticos da Revolução Francesa e Industrial, as normas referentes ao trabalho foram sendo construídas. Em uma constante evolução formou-se um sistema protetivo que privilegiava o primado do trabalho, fundamento da República Federativa do Brasil. Por aqui, pela necessidade de regular o sistema empregatício da indústria cafeeira no século XIX e, num segundo momento, na Era Vargas, foi gestada a Institucionalização do Direito do Trabalho. Paulatinamente, construiu-se um manto protetivo a zelar pela relação sempre hipossuficiente da força de trabalho face o capital, criando a cultura da exploração aceitável da mão de obra, dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação. A propósito de modernizar as normativas trabalhistas, a Reforma procurou seguir o rumo da flexibilização, da intervenção mínima do Estado nas relações de trabalho e na supremacia do convencionado entre as partes sobre o legislado. O resultado é a precarização do trabalho e a inversão da proteção sempre buscada e defendida pelos princípios basilares do Direito do Trabalho. Para a confecção deste trabalho, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, a pesquisa legislativa, documental, doutrinária e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho – Direito Previdenciário – Jornada intermitente – Flexibilização – Reforma trabalhista.

ABSTRACT: Labor Law, like many others, has a great burden of mutation to accompany the evolution of society. It follows that from the economic and political reflexes of the French and Industrial Revolution, the norms concerning work were being built. In a constant evolution, a protective system was established that privileged the primacy of work, the foundation of the Federative Republic of Brazil. Here, the need to regulate the employment system of the coffee industry in the nineteenth century and in a second moment, in the Vargas Era was born the Institutionalization of Labor Law. Gradually, a protective mantle was constructed to watch over the ever-insensitive relationship of the labor force to capital, creating a culture of acceptable labor exploitation within the parameters established by legislation. With a view to modernizing labor regulations, the Reform sought to follow the path of flexibilization, minimum state intervention in labor relations and the supremacy of the agreement between the parties over the legislature. The result is the precariousness of work and the inversion of protection always sought and defended by the basic principles of Labor Law. For the preparation of this work, we used the hypothetical-deductive method, the legislative, documentary, doctrinal and bibliographic research.

KEYWORDS: Labor Law – Social Security Law – Intermittent Journey – Flexibilization – Labor reform.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama histórico do direito do trabalho. 3. O trabalho intermitente e a discussão sobre a forma de contribuição previdenciária. 4. O limbo previdenciário e as decisões da Justiça do Trabalho. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O estudo será dividido de forma que, no primeiro capítulo, será abordada a evolução histórica do Direito do Trabalho, que com o passar dos tempos se

deparou com a necessidade de trazer modificações a esse respeito. Entre as evoluções trazidas por este trabalho, elenca-se a Revolução Francesa e a Revolução Industrial do século XVII, que tiveram grande importância para o Direito do Trabalho, defendendo a ótica da dignidade da pessoa humana e o primado do trabalho nas relações sociais e até mesmo nos fundamentos do estado democrático de direito. No segundo ponto da pesquisa, trataremos do limbo previdenciário, que foi maximizado pela nova jornada intermitente e suas inovações perniciosas no valor das contribuições previdenciárias. Pontua-se que as contribuições insuficientes dela decorrentes ampliarão o limbo previdenciário e relegarão aos empregadores a proteção social que é dever do Estado.

A questão do limbo previdenciário já é um dos assuntos que mais preocupam a justiça do trabalho, condenando os empregadores a arcar com os custos da proteção social ineficiente. A discussão sobre a quem cabe proteger os trabalhadores que se encontram nessa situação é urgente, pois paulatinamente a jurisprudência consolidada da Justiça do Trabalho tem entendido ser um dever do empregador. Debate-se se os efeitos combinados das novas normas que dizem respeito aos direitos sociais, as Leis 13.457/17 e 13.467/17, não estariam paulatinamente relegando a responsabilidade estatal de proteção social à iniciativa privada, com relação à questão dos trabalhadores que se encontram no limbo previdenciário.

Importante esclarecer que o presente trabalho não tem por objetivo esgotar a temática, mas sim provocar a reflexão dos leitores e auxiliar na produção de demais trabalhos científicos.

2. PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho surgiu como forma de regulamentar e aperfeiçoar as atividades econômicas conforme era necessário na sociedade, sendo impossível compreender tal ramo do direito sem conhecer sua evolução histórica.

Para Sérgio Pinto Martins¹, o passado é essencial para o entendimento do Direito do Trabalho como ciência do direito, pois é um ramo muito dinâmico, mudando com frequência condições de trabalho, já que está intimamente relacionado com as questões econômicas.

Assim, tem-se o entendimento de que o direito do trabalho surgiu como consequência da questão social originada pela Revolução Industrial do Século XVIII e da reação humanista provinda desta, notadamente pela Doutrina Social da Igreja, que

1. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3.

RIZZO, Marcelo Vitor Silva; PANCOTTI, Heloisa Helena Silva; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. A jornada intermitente e a expansão do limbo previdenciário: a quem caberá a proteção social da contribuição insuficiente? *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 197. ano 45. p. 101-117. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

se propôs a garantir e preservar a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores das indústrias, que, “com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes”.²

Podemos apontar que o ponto de partida desse movimento, deu-se com a edição da *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, que tratava da exploração desmedida da mão de obra, do pagamento justo, da promoção social e das obrigações dos operários e dos patrões.

Logo após a Revolução Francesa, por meio de um decreto, foram suprimidas de vez as corporações de ofício, sendo chamado o decreto de d’Allarde. Esse utilizava de pensamentos dos fisiocratas: “o direito ao trabalho é um direito primordial do homem”. Considerando livre todo cidadão para exercer ofício ou profissão que achasse pertinente.³

Mantendo o contexto da Revolução Francesa, foram reconhecidos os primeiros direitos econômicos e sociais: o direito do trabalho, obrigando o Estado a arrumar meios de sustento para os desempregados.

Na Revolução Industrial, o trabalho foi remodelado para se tornar emprego, sendo que a figura dos trabalhadores deveria receber salários. Essas mudanças fizeram com que tivesse que esquecer a cultura antiga para aprender uma nova. Afirma Martins⁴ que tanto o Direito de trabalho, quanto os contratos derivados deste, tiveram desenvolvimento dentro da Revolução Industrial.

Uma das maiores causas para o surgimento dessa Revolução foi à criação da máquina a vapor como fonte de energia. Respectivamente veio à patente da máquina de fiar, aumentando a velocidade do labor.

Nasce a necessidade do aprendizado para manuseio de máquinas, não somente a vapor, mas também as têxteis, surgindo, assim, por consequência, o trabalho assalariado.

Nesse período, os trabalhadores começaram a associar-se entre si para reivindicar melhores condições de trabalho e coibir formas de trabalho abusivas, pois, com o aumento das tecnologias e fábricas, também aumentava os trabalhos insalubres e perigosos. Os salários também eram baixos e os números de horas do labor ultrapassavam muito as oito horas diárias. Também era de reivindicação

2. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 32.

3. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

4. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

dos trabalhadores a cessação na exploração da mão de obra de crianças e mulheres, em condições também degradantes, e com salários mais baixos ainda.

Com a evidente exploração excessiva da mão de obra por parte dos detentores das máquinas, foi necessária a intervenção estatal⁵. A legislação vigente na época predominava a proteção ao trabalho do menor e da mulher e limitar a suas jornadas de trabalho.

A intervenção do Poder Público se mostrou necessária, em decorrência da necessidade de proteger o fraco. “A primeira lei de importância histórica que revela essa posição do Estado é da Inglaterra e data de 1601. É denominada *Lei de Amparo aos Pobres*, reconhecendo ao desfavorecido o direito de receber auxílio das autoridades públicas e que é assim descrita por Arthur Birnie¹⁴”⁶. Ademais, comentando, também, a sua emenda de 1834, Arthur Birnie ensina que:

A obrigação do Estado, na Inglaterra, de amparar o indigente nacional foi totalmente reconhecida; entretanto, passando estas responsabilidades locais, o Parlamento evitou a necessidade de se estabelecer um sistema nacional de auxílio ao sindicato na justa acepção do termo.⁷

Segundo Martins⁸, inicialmente o patrão, detentor da máquina e dos meios de produção, tinha o poder total de direção em relação aos trabalhadores, ficando evidente a desigualdade em que o trabalhador estava mergulhado. Sendo assim, havia total necessidade de aumento da proteção do empregado, dada à desigualdade.

A lei de Peel, de 1802, na Inglaterra, pretendeu dar amparo aos trabalhadores, disciplinando o trabalho dos aprendizes paroquianos dos moinhos e que eram entregues aos donos das fábricas. A jornada de trabalho foi limitada em 12 horas, excluindo-se os intervalos para refeição. O trabalho não poderia se iniciar antes das 6 horas e terminar após as 21 horas. Deveriam ser observadas normas relativas à educação e higiene. Em 1819, foi aprovada a lei tornando ilegal o emprego de menores de 9 anos. O horário de trabalho dos menores de 16 anos era de 12 horas diárias, nas prensas de algodão.⁹

5. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

6. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

7. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55-56.

8. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

9. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

Durante o processo da Revolução Industrial que efetivamente se estruturou o trabalhador como uma categoria específica, passando a ser uma estrutura como categoria do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente.¹⁰

Como exemplo, na França, no ano de 1813, foi vedado o trabalho de menores nas minas. No próximo ano foi proibido o trabalho nos domingos e feriados. Já em 1839, a proibição recaiu sobre o labor de menores de 9 anos e a jornada era de 10 horas para menores de 16 anos.¹¹

Em continuidade ao pensamento, a evolução do trabalho e do direito do trabalho encontrou inovações após a Primeira Guerra Mundial. A partir do término da Primeira Guerra Mundial, surgiu o que pode ser chamado de constitucionalismo social, que foi a inclusão nas constituições de “preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho”.¹²

A Constituição precursora que tratou do tema foi a Mexicana, no ano de 1917. Em seu artigo 123, que estabelecia jornada de 8 horas, proibição do trabalho de menores de 12 anos, limitava a jornada de menores de 16 anos para 6 horas, jornada máxima noturna de 7 horas, descanso semanal. Também estabeleceu a proteção à maternidade, salário-mínimo, direito de sindicalização e de greve, seguro social, indenização no caso de dispensa e proteção contra acidentes decorrentes do trabalho.

A segunda Constituição a tratar sobre o referido assunto foi a de Weimar, de 1919. Teve-se a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade de coalização dos trabalhadores. Tratou-se, também, da representação dos trabalhadores na empresa. Criou-se um sistema de seguros sociais e também trouxe a possibilidade de os trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho.

No mesmo ano da Constituição de Weimar, surgiu o Tratado de Versalhes, positivando a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O órgão, por meio de convenções e recomendações, foi responsável por proteger as relações de trabalho no âmbito internacional.

O desenvolvimento das linhas de montagens automobilísticas de Henry Ford, que utilizava da esteira móvel, também pode ser considerado um marco. Por

10. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2014. p. 87.

11. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

12. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

consequência, esse movimento incentivou o aumento de salários, fazendo com que os funcionários comprassem os automóveis que fabricavam. O fordismo utilizava da aplicação do taylorismo, porém, em maior escala. As características eram as seguintes: o sistema era generalizante, não detinha uma matéria como especialidade; o que havia era a estratificação dos níveis hierárquicos; pretendia atingir mercados nacionais; utilizava-se de tecnologias de longa maturidade, estocando matérias-primas; com grande número de trabalhadores, com salários baixos.¹³

Evidenciando cada período já citado, pode-se notar que tanto o direito do trabalho, quanto as técnicas, tiveram altos e baixos conforme o passar do tempo. Assim, evoluindo de forma parcialmente concomitante. Nessa esteira, a Declaração Universal dos Direitos do Homem previu alguns direitos aos trabalhadores, como a limitação razoável do trabalho, férias periódicas remuneradas, lazer, repouso, entre outras.¹⁴

Compreende-se, assim, que o neoliberalismo pode ser entendido no sentido de que a contratação dos trabalhadores deve ser regulada pelo mercado, pela oferta e procura. O estado deve cada vez menos intervir nas relações trabalhistas, que seriam reguladas pelas condições econômicas. Porém há desigualdade na relação, empregado e empregador, sendo que o primeiro necessita de proteção.¹⁵

No mundo ocidental, o Papa João Paulo II, pai da doutrina social da igreja, por meio de sua visão humanista, dedicou-se com especial questão à causa e a publicar encíclicas que se ocupavam de orientar o caminho da proteção social tão necessária à dignificação do homem pelo trabalho, o que de certa forma influenciou todo o sistema normativo de proteção ao trabalho no mundo cristão.

Em 1981 publicou a encíclica *Laborens Exercens*, no 90º aniversário da *Rerum Novarum*, adequando os pensamentos de outrora às necessidades da época em que se delineava o futuro aparecimento do que hoje convençamos chamar pós-modernidade. O documento começou a ser escrito antes do atentado sofrido pelo Sumo Pontífice e finalizado após a sua recuperação, é permeado por um sentimento de dignificação dos esforços laborais e das práticas da comunhão fraterna e da liberdade como instrumento de aproximação do humano com o divino.

13. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 9.

14. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 9.

15. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 9.

Porém, de acordo com Delgado¹⁶, o Direito do Trabalho fixou também controles para o sistema econômico, “conferindo-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia”.

Surge, assim, uma nova teoria dissertando sobre a necessidade de separação entre o que é econômico e o que é social, sendo verificado nos dias atuais na Constituição de 1988, que trata exatamente a separação entre os institutos. Também se preconiza um Estado neoliberalista, com menor intervenção do Estado nas relações entre as pessoas.

Urge concluir que todo o exposto até aqui, foi em direção a evolução histórica mundial tanto do trabalho em si, como do Direito do Trabalho, que após seu surgimento, precisa tentar acompanhar a contemporaneidade das relações de trabalho.

3. O TRABALHO INTERMITENTE E A DISCUSSÃO SOBRE A FORMA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A nova lei trabalhista brasileira foi discutida no Congresso Nacional, inicialmente com 16 pontos que alterariam a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), porém após algum tempo a proposta de lei foi alterada trazendo inúmeras mudanças ao ordenamento jurídico vigente.

O argumento sempre utilizado para embasar essa grande mudança legislativa, era que a CLT era ultrapassada, devendo-se assim ser flexibilizá-la em diversos pontos. O discurso dizia que, com a reforma trabalhista, seriam criadas muitas mais oportunidades de emprego, com a conseqüente melhora na condição dos trabalhadores.

Uma das inovações trazidas pela Reforma foi o dispositivo legal chamado jornada intermitente, que é aquela decorrente de uma relação de emprego bastante atípica. Considerou-se intermitente, nos termos do artigo 443, § 3º, a saber:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. (Redação dada pela Lei 13.467, de 2017).

[...]

16. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2014. p. 83.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (Incluído pela Lei 13.467, de 2017)

No que diz respeito à forma de contratação, o artigo 452-A, com a nova redação introduzida pela Lei 13.457/17, dispõe que:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I – remuneração;

II – férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III – décimo terceiro salário proporcional;

IV – repouso semanal remunerado; e

V – adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base

nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Pode-se dizer que a introdução desse dispositivo, desequilibrou ainda mais a relação de hipossuficiência do empregado face o empregador, desequilibrando a já instável relação patrão/empregado.

O fato de permitir ao empregador ter empregados trabalhando por horas, permite o subemprego, notadamente por estabelecer multa ao empregado em caso de não comparecimento ao trabalho, após a aceitação da convocação e estabelecendo que o pagamento pode se dar por meio de trabalho. É isso que se depreende no texto quando menciona a compensação no § 4º colacionado supra.

Não é difícil perceber que a remuneração pelas horas trabalhadas, ainda que com os reflexos devidos criou uma situação de insegurança e sub-remuneração, cujos prejuízos consecutórios são ainda imprevisíveis.

Isso porque não regulamentou o que seria o prazo máximo entre as convocações, bem como o que seria o período máximo aceitável de horas trabalhadas ou o que seria período máximo de prestação de serviços. Limitou-se a dizer que o pagamento seria devido imediatamente após o final do período de prestação de serviços, o que pode ser de horas até meses, nos casos de convocação extraordinária em períodos de grande necessidade de mão de obra, como os que antecedem datas comemorativas como Natal ou Páscoa.

Dessa forma, aos trabalhadores intermitentes perderam a garantia à percepção de remuneração capaz de lhes prover a subsistência. Da mesma forma, estabeleceu-se opacidade na relação previdenciária, ao oportunizar que as contribuições previdenciárias que lhes permitam manter a condição de segurados e beneficiários do sistema de previdência social, sejam vertidas em valores inferiores ao mínimo, sem, contudo, garantir-lhes o direito à fruição dos benefícios.

Uma das consequências da contribuição previdenciária em valor inferior ao mínimo é a perda do direito à percepção dos benefícios da previdência social, a menos que o trabalhador complemente o recolhimento às suas próprias expensas.

Sua condição de empregado, lhe garante a manutenção de sua qualidade de segurado, mas a fruição dos benefícios depende do valor dos recolhimentos e da sua constância, detalhe que o legislador não se ateve.

Imediatamente após a entrada em vigor do texto da Reforma, o governo editou em caráter de urgência a MP 808/2017, em que procurou remendar os furos

da intrincada colcha de retalhos em que se transformou o texto da Consolidação das Leis do Trabalho com a alteração de sua redação por meio da Lei 13.467/2017.

Porém, a MP perdeu a sua vigência em abril último, retornando o *status quo ante* de intensa instabilidade e insegurança ao trabalhador intermitente. Desde então, o assunto segue sem regulamentação. Acredita-se que o encerramento da vigência tenha se dado por ato consciente do governo. A MP garantia a percepção do salário-maternidade e auxílio-doença diretamente da previdência social, sem a exigência do pagamento da contribuição mínima exigida para a concessão desses benefícios.

Isso oneraria sobremaneira o sistema de previdência social, concedendo benefícios sem contrapartida contributiva.

Dessa forma, desde a entrada em vigor da reforma trabalhista, temos trabalhadores intermitentes exercendo suas atividades sem garantia de proteção previdenciária, ao menos naquilo que diz respeito ao gozo de benefícios previdenciários, em evidente assimetria de proteção com os demais trabalhadores regulares.

4. O LIMBO PREVIDENCIÁRIO E AS DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Podemos chamar de limbo previdenciário, o lugar em que se encontra o trabalhador que perdeu total ou parcialmente a sua capacidade laborativa, mas que o INSS se recusa a conceder-lhe benefício por incapacidade, seja por meio das altas programadas, seja pelas perícias administrativas que consideram aptos trabalhadores inaptos, seja cancelando benefícios antigos pelas revisões programadas que devem atender a metas estabelecidas pela Lei 13.457/17.

Pela nova sistemática legal, os segurados aposentados por invalidez com benefícios concedidos judicial ou administrativamente, podem ser convocados periodicamente para reavaliação das condições que ensejaram a concessão.

Para tanto, foram estabelecidas metas de convocação de perícias extraordinárias para benefícios estabelecidos há menos de 15 anos ou cujos segurados aposentados possuam idade inferior a 60 anos. Os mutirões remuneram os peritos por convocação e estabelecem regras para fruição de benefícios trabalhistas, caso não restem na unidade benefícios previdenciários sem convocação extraordinária para a realização de perícia, por períodos superiores a dois anos.

Além disso, os auxílios-doença somente podem ser concedidos mediante a fixação de prazo máximo para a sua duração, a chamada alta programada, uma aberração adivinhativa que concede ao perito poderes premonitórios sobre o tempo necessário ao trabalhador para sua recuperação. Na ausência de estipulação prévia,

o prazo máximo é de 120 dias de duração, ao final do que se faz necessária nova perícia para verificação das condições de incapacidade.

A estabilização dos benefícios se daria tão somente quando o benefício do aposentado por invalidez ou pensionista inválido, completasse os 15 anos de sua concessão e o segurado atingisse os 55 anos de idade ou quando o segurado atingisse os 60 anos de idade, não importando o tempo da concessão do benefício.

Ocorre que a perícia médica realizada na maioria das unidades do INSS não é capaz de apurar corretamente a incapacidade física, sendo corriqueiros procedimentos que declaram aptos, trabalhadores incapacitados ao trabalho. Isso sem mencionar a falácia que é no Brasil o instituto da reabilitação profissional, que na prática é um jogo de empurra ao empregador, já que o poder público falha miseravelmente em propiciar as condições necessárias para a mesma ocorra.

Esses trabalhadores com alta médica programada ou com benefícios antigos cessados sem que tenham convalidado, retornam a seu empregador a responsabilidade de readaptá-los a outras funções que não possuem capacidade de realizar ou ainda simplesmente, deixam-nos desassistidos, já que especialmente no caso de benefícios longevos, as chances de as empregadoras terem encerrado as atividades são grandes.

Ora, aposentadorias por invalidez são por definição jurídica, benefícios concedidos a trabalhadores totalmente incapacitados e insuscetíveis de reabilitação para o trabalho. Sua convocação periódica é uma afronta à dignidade humana por princípio.

As injustiças perpetradas pelo INSS no Brasil são flagrantes e corriqueiras, tanto que é o maior litigante do poder judiciário brasileiro, o que demonstra *per se* a falta de seriedade com que conduzem os pedidos formulados pelos segurados. É recorrente que sobrecarregue de exigências impossíveis o segurado, visando o indeferimento dos benefícios. Assim, sobrecarrega o Judiciário de demandas desnecessárias, no entanto, atinge-se ao menos o fim protelatório das decisões administrativas do instituto.

A Justiça do Trabalho¹⁷ sedimentou o entendimento de que a cessação dos benefícios previdenciários por incapacidade reativa a responsabilidade da em-

17. Nesse sentido, vários decisórios ora colacionados corroboram a tese da responsabilidade do empregador: “Cessação do benefício previdenciário. Retorno ao trabalho. Salários. Com a cessação do auxílio doença previdenciário, o contrato de trabalho retoma o seu curso normal. Se a empresa impede o retorno da empregada, por ainda considerá-la inapta para o trabalho, assume os riscos correspondentes, respondendo, por conseguinte, pelo pagamento dos salários e consectários, desde a alta do INSS até o

pregadora de garantir o pagamento dos salários e dos consectários. Isso se deve ao fato de que os benefícios por incapacidade somente suspendem os efeitos do contrato de trabalho, não causando a sua interrupção. Subsiste, dessa forma, a responsabilidade patronal.

Outra situação corriqueira estabelecida pela ineficiência do INSS em prestar atendimento digno surge quando existe a demora no exame do pedido de benefício por incapacidade, o que pode levar meses. Caso ocorra o indeferimento do pedido, o empregador deve arcar com os salários retroativos, mesmo que o empregado não tenha trabalhado.

Todo esse cenário de desproteção progressiva aumentou o número de trabalhadores que se encontram no limbo previdenciário e, por consequência, a necessidade de as empresas arcarem com o custo da ineficiência estatal em proteger a saúde do trabalhador.

O contrato de trabalho intermitente, ainda carente de regulamentação quanto à contribuição previdenciária mínima propositalmente ou não, de sorte que no atual cenário, caso as contribuições vertidas sejam insuficientes para atingir o valor mínimo, teremos uma legião de segurados inaptos a perceber benefícios, o que pela lógica adotada pela Justiça do Trabalho, restaria a cargo dos

trânsito em julgado da decisão da Justiça Federal que, em consonância com a conclusão do órgão previdenciário, confirmou a capacidade laborativa da reclamante” (TRT-3ª Reg., RO 00702201203003000 0000702-27.2012.5.03.0030, DJ 20.11.2013). “Benefício previdenciário negado. Retorno do empregado ao trabalho. Efeitos pecuniários – Somente a concessão do benefício previdenciário é que afasta a responsabilidade da empresa pelo pagamento dos salários de seu empregado, já que, enquanto o trabalhador aguarda a resposta do órgão previdenciário, permanece à disposição de seu empregador (inteligência do art. 4º da CLT)” (TRT-3ª Reg., 1ª T., 00076-2013-095-03-00-9 RO, DJ 17.07.2013). “Cessação do auxílio doença – Empregado considerado inapto por médico da empresa – Impedimento de retorno ao trabalho – ‘Limbo trabalhista previdenciário’ – Rescisão indireta configurada. Não se pode admitir que o empregado seja colocado no denominado ‘limbo jurídico previdenciário trabalhista’, situação na qual não recebe mais o benefício previdenciário, tampouco os salários. Aplica-se ao caso o princípio da continuidade do vínculo empregatício e considerando que o empregador, por expressa disposição legal é aquele assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT) e, ainda o disposto no artigo 4º, da CLT, o empregador deve arcar com o pagamento dos salários do respectivo período de afastamento. A recusa do empregador em aceitar o retorno de empregada considerada apta pelo INSS constitui falta grave, de modo a ensejar a rescisão indireta, uma vez que a laborista se viu, indefinidamente, sem qualquer fonte de sustento” (TRT-3ª Reg., RO 02280201300903004 0002280-54.2013.5.03.0009, DJ 31.08.2015).

empregadores o pagamento dos benefícios, notadamente os por incapacidade e licenças-maternidade.

Isso porque para a percepção de tais benefícios é necessário que haja o devido custeio contributivo, pela regra da contrapartida, insculpida no artigo 195, §5º da CF/88, que preleciona que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”.

Assim, segurados que não tenham vertido contribuições satisfatórias não terão cumprido o quesito da carência e da contrapartida que estão relacionadas ao valor e à frequência contributivos.

As contingências a serem protegidas permanecerão, como as incapacidades físicas e a necessidade de proteger as gestações. Pela lógica adotada nas decisões da Justiça do Trabalho, caberá ao empregador proceder às indenizações devidas enquanto o poder Judiciário ordinário ou Federal, conforme o caso, decidem se caberá ao INSS prover os benefícios que não atendam à regra da contrapartida.

Denota-se que nesse caso, o poder público aceitará de bom grado as contribuições insuficientes, mas caberá ao menos imediatamente à iniciativa privada a responsabilidade pela garantia das prestações indeferidas pelo instituto, aumentando sobremaneira o já imenso limbo previdenciário.

Assim, é possível afirmar, especialmente no caso do trabalho intermitente, que a Reforma trabalhista, a despeito de toda a propaganda governamental que prometia regulamentar o trabalho informal, foi um duro golpe com relação à proteção face às contingências sociais que causarão efeitos previdenciários perniciosos e ainda mais judicialização.

Em anos de luta para conseguir direitos e em um Direito que tem como princípios proteger o empregado que na maioria das vezes é o lado mais fraco, dar paridade de armas para essa situação, a reforma é negativa, já que rechaça toda essa proteção.

A forma precípua como a previdência social foi instituída pela CF/88 com finalidade de oportunizar a proteção dos cidadãos face às vicissitudes geradoras de necessidade, tem se perdido com a edição das novas normativas que visam obstar o acesso à proteção social e delegar parte dessa responsabilidade à iniciativa privada, em evidente postura retrocessiva.

A Reforma Trabalhista agride de forma muito pejorativa a Constituição Federal. E como toda legislação que caminha em sentido contrário a Carta Magna merece ser tratada como inconstitucional. Assim, o anterior Procurador-Geral da República, valendo-se de suas atribuições, já ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra os dispositivos que rechaçam o acesso à justiça por meio de cerceamento da justiça gratuita.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que as mudanças legislativas propostas pela contemporânea Reforma Trabalhista podem prejudicar e muito não somente a vida dos empregados no Brasil, como também onerar a já imensa folha de pagamento patronal, uma vez que a combinação das novas normativas com a construção jurisprudencial trabalhista responsabiliza o empregador durante a vigência do contrato de trabalho.

A princípio, uma das justificativas da modificação é justamente a falta de maleabilidade e não contemporaneidade da CLT, porém, como demonstrado, o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro vem sofrendo inúmeras alterações com o passar do tempo. Alterações estas que vão no mesmo sentido da reforma, contudo de forma mais branda e cautelosa, sem descartar totalmente todos os feitos conseguidos durante o tempo, como garantias e proteções aos trabalhadores.

Porém, a construção lógico-jurídica realizada com relação ao trabalho intermitente permite concluir que o Estado “terceirizou” a responsabilidade por fornecer a proteção previdenciária cujo custeio ele realiza de forma bilateral e compulsória.

A resistência em regulamentar essa forma de trabalho, deixando decair a vigência da MP 808/17 *in albis* sem que nenhuma nova regulamentação tenha sido editada, denota a intenção de manter o estado das coisas de forma confusa e a cargo dos empregadores.

Percebe-se que o Estado tem se afastado do texto protetivo constitucional, dos fundamentos da República e notadamente da própria primazia do valor social do trabalho e da proteção dos trabalhadores, sem, contudo, deixar de arrecadar a cada dia mais, nem de estornar as contribuições insuficientes, criando caos e insegurança jurídica tanto aos que empregam, quanto aos que trabalham.

Assim, a reforma tem diversos pontos que trazem somente malefícios para a sociedade brasileira, de forma a atingir com maior impacto os mais debilitados economicamente.

Aguarda-se, daqui para frente, as decisões acerca da constitucionalidade da referida Lei, último suspiro de vida da proteção dos direitos dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *VadeMecum*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DÄUBLER, Wolfgang. A flexibilidade do Direito do Trabalho na Alemanha. *Revista LTr*, v. 29, n. 110, p. 210-228, abr.-jun. 2003.

- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2014.
- FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2006.
- GODOY, Dagoberto Lima. Painel: flexibilização e sindicalismo no Brasil. *Forum internacional sobre flexibilização no Direito do Trabalho*, Tribunal Superior do Trabalho, 2003, Brasília. *Flexibilização no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.
- JOÃO PAULO II, Papa. *Laborem Exercens*. Carta Encíclica. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1981. Texto sem numeração disponível para consulta no endereço eletrônico [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html]. Acesso em: 30.05.2018.
- LEÃO XIII, Papa *Rerum Novarum*. Carta Encíclica. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1891. Texto sem numeração disponível para consulta no endereço eletrônico [http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html]. Acesso em: 30.05.2018.
- LUCA, Guilherme Domingos de. *Flexibilização do contrato de trabalho e crise econômica: análise do papel da internet nas relações juslaborais*. Curitiba: CRV, 2017.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. *Flexibilização do horário de trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2002.
- PEREIRA, Leone. *Direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2012.
- RICALDE, Mario do Carmo; CARVALHO, Willian Epitácio Teodoro de. *Comentários à Reforma trabalhista + CLT comparada*. Campo Grande: Contemplar, 2017.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 1994.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A reforma trabalhista no Brasil, de Ives Gandra da Silva Martins Filho – *RDT* 181/19-29 (DTR\2017\5630);
- Comentários quanto à modalidade do contrato de trabalho intermitente previsto na Lei 13.467/2017, de Luiza Mascarenhas Damasceno – *RDT* 191/143-148 (DTR\2018\17826); e
- Trabalho intermitente, de Georgenor de Sousa Franco Filho – *RDT* 188/77-88 (DTR\2018\10655).

O GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA APÓS A LEI 13.467/2017

*THE LABOR ECONOMIC GROUP
AFTER LAW 13,467/2017*

BEN-HUR SILVEIRA CLAUS

Juiz do Trabalho. Mestre em Direito.
varacarazinho@trt4.jus.br

ÁREAS DO DIREITO: Trabalho; Comercial/Empresarial

RESUMO: A reforma trabalhista, instituída pela Lei 13.467/2017, apresentou nova definição para grupo econômico para fins trabalhistas. Este artigo tem por foco analisar tal alteração e os impactos objetivos trazidos pela nova legislação, no que tange à responsabilidade das empresas integrantes dos grupos econômicos.

PALAVRAS-CHAVE: Grupo econômico – Reforma trabalhista – Responsabilidade solidária – Ônus da prova – Execução trabalhista.

ABSTRACT: The labor reform, instituted by Law 13,467/2017, presented a new definition for economic group for labor purposes. This article focuses on analyzing this change and the objective impacts brought by the new legislation, regarding the responsibility of the companies that are part of the economic groups.

KEYWORDS: Economic group – Labor reform – Joint responsibility – Burden of proof – Labor enforcement.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A evolução do conceito de Grupo Econômico Trabalhista. 2. Grupo Econômico, a função social da propriedade e o conceito de empregador único. 3. A responsabilidade solidária do grupo é econômica e não processual. 4. A caracterização do Grupo Econômico Trabalhista. 5. Como interpretar § 2º do art. 2º da CLT após a Reforma Trabalhista. 6. Como interpretar a regra excetiva do § 3º do art. 2º da CLT. 7. A prova da existência do Grupo Econômico Trabalhista. 8. Ônus da prova e inversão do ônus da prova. 9. O alcance da responsabilidade das empresas do Grupo Econômico. 10. É modalidade de legitimidade passiva extraordinária. 11. A Súmula 205 do TST (Resolução Administrativa 11/1985). 12. Há necessidade de prévia instauração de IDPJ? Não. 13. A empresa do grupo econômico defende-se por meio de Embargos de Terceiro. 14. Ferramentas eletrônicas para pesquisar Grupo Econômico. 15. Pensar no IDPJ enquanto alternativa. Conclusão. Referências bibliográficas.

[...] está superada uma fase do direito comercial que fazia prevalecer sempre a vontade e o interesse dos detentores do capital. [...]. Consolidase, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos, mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas.

Arnoldo Wald

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estudar os reflexos da Reforma Trabalhista na alteração do conceito do instituto do grupo econômico trabalhista. A Lei 13.467/2017 introduziu modificações na CLT. Entre tais modificações, foi introduzida alteração no conceito grupo econômico. O tema ganha importância superior quando se atenta para a relevância da finalidade do instituto do grupo econômico trabalhista. De acordo com Amauri Mascaro Nascimento, “[...] a finalidade do instituto é a garantia da solvabilidade dos créditos trabalhistas”.¹ Embora se utilizando de outras palavras, Francisco Ferreira Jorge Neto identifica essa mesma finalidade no instituto do grupo econômico trabalhista, quando observa que a solidariedade econômica das empresas integrantes do grupo econômico “[...] pretende evitar os prejuízos que podem sofrer os trabalhadores diante das manobras praticadas pelas empresas que compõem o grupo”.²

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA

A afirmação doutrinária de que o legislador de 1943 disse menos do que deveria ao definir o conceito de grupo econômico trabalhista no art. 2º, § 2º, da CLT vem ganhando sucessivos reforços hermenêuticos, os quais procuram, de um lado, dar conta do dinâmico fenômeno da concentração econômica na atualidade e, de outro lado, conferir ao instituto do grupo econômico maior eficácia jurídica com vistas à tutela do crédito trabalhista.

A denominada *despersonalização do empregador* visa responsabilizar o próprio empreendimento econômico pelos créditos trabalhistas, secundarizando a figura do sujeito aparente quando este não tem capacidade econômica para responder pelas obrigações trabalhistas derivadas da exploração da atividade empresarial.

1. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo, 2006. p. 141.

2. JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Sucessão trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001. p. 75.

Decretada em 1943, a CLT adotou o conceito grupo econômico por subordinação. Isso porque estabeleceu no § 2º do art. 2º da CLT que o grupo econômico se caracterizava quando houvesse direção, controle ou administração de uma empresa sobre a(s) outra(s), conceito jurídico que se revelaria demasiado restritivo – insuficiente para a teleologia do instituto do grupo econômico trabalhista – diante da complexidade do multiforme fenômeno da concentração econômica.³ Também conhecido como grupo econômico vertical, o conceito de grupo econômico adotado na CLT provocou histórico debate na doutrina acerca da interpretação – restritiva ou extensiva – a ser dada ao preceito legal.

Enquanto Octávio Bueno Magano afirmava que grupo econômico “[...] é o grupo hierarquizado, composto por subordinação, em que se supõe a existência de uma empresa controladora e de outra ou outras controladas”⁴, Délio Maranhão ponderava que

o legislador não disse tudo quanto pretendia dizer. Mas a lei deve ser aplicada de acordo com os fins sociais a que se dirige. O parágrafo citado fala em “empresa principal” e “empresas subordinadas”. Para que se configure, entretanto, a hipótese nele prevista não é indispensável a existência de uma sociedade controladora (“holding company”). Vimos que a concentração econômica pode assumir os mais variados aspectos.⁵

A interpretação extensiva também foi defendida por Mozart Victor Russomano, jurista que antevê a ampliação pela qual o conceito de grupo econômico passaria:

É preciso pensar-se em outras possibilidades, que a prática pode criar e que, resultando das variadas formas de aglutinação de empresas, nem por isso desfiguram a existência do grupo e, portanto, a corresponsabilidade econômica de todas as empresas que o integram, em face dos direitos do trabalhador. É o caso de um grupo de empresas constituído horizontalmente.⁶

3. Art. 2º [...] § 2º *Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis.* (Grifo nosso)
4. MAGANO, Octávio Bueno. *Os grupos de empresas no direito do trabalho*. São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 251.
5. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. vol. I. p. 303.
6. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 8.

No advento da Lei do Trabalho Rural (Lei 5.889/1973), passados 30 anos desde a edição da CLT, está maduro um novo conceito de grupo econômico. Na legislação do trabalho rural, o conceito de grupo econômico é atualizado em relação à previsão originária do art. 2º, § 2º, da CLT. Conforme a história viria a demonstrar, a concepção de grupo econômico prevista na Lei 5.889/1973 serviria de inspiração para o legislador da Reforma Trabalhista mais de 40 anos depois do advento da Lei do Trabalho Rural. Confira a redação do art. 3º, § 2º, da Lei 5.889/1973:

Art. 3º [...]

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, *ou ainda quando, mesmo guardando cada uma delas sua autonomia, integrem grupo econômico* ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego. (grifo nosso)

Em 2010, a Resolução 750/1993 do Conselho Federal de Contabilidade foi atualizada para incorporar o denominado *princípio da entidade*, trazendo novo elemento hermenêutico para o cenário do fenômeno da concentração econômica.

Essa modernização conceitual incidiu sobre as Sociedades Anônimas, cuja legislação foi atualizada para incorporar o conceito de *influência significativa* ao subsistema jurídico comercial brasileiro. Essa atualização da Lei 6.404/1976 foi introduzida pela Lei 11.941/2009. A redação do § 1º do art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas passou a ser a seguinte: “Art. 243. [...] § 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha *influência significativa*”. (grifo nosso)

O § 4º do art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas estabeleceu um modo para se reconhecer a caracterização de *influência significativa*, ao prever que:

Art. 243. [...]

§ 4º Considera-se que há *influência significativa* quando a investidora detém ou exerce poder de *participar nas decisões* das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. (grifo nosso)

E o § 5º do art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas fixou presunção de *influência significativa* mediante adoção de critério de caráter quantitativo em relação ao capital votante:

Art. 243. [...]

§ 5º É presumida *influência significativa* quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la. (grifo nosso)

A denominada Lei Anticorrupção trouxe mais um elemento hermenêutico para a flexibilização do conceito de grupo econômico. A Lei 12.846/2013, em seu art. 16, § 5º, admite que o grupo econômico pode se caracterizar tanto como grupo econômico *de fato* quanto como grupo econômico *de direito*, emprestando ao conceito jurídico de grupo econômico uma maior relativização inspirada no princípio da primazia da realidade e na criativa dinâmica econômica interempresarial. Confira a redação do preceito da Lei 12.846/2013:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

[...]

§ 5º Os efeitos de acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo *grupo econômico, de fato* e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. (grifo nosso)

Com o advento da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), mais um passo foi dado. A Reforma Trabalhista deu nova redação ao § 2º do art. 2º da CLT, incorporando a figura do *grupo econômico por coordenação* (grupo econômico horizontal) e superando o conceito estrito de *grupo econômico por subordinação* (grupo econômico vertical), segundo o qual a configuração do grupo econômico exigia relação de subordinação entre as empresas do grupo. Agora, basta a existência de coordenação interempresarial. Chegamos à fórmula antevista por Mozart Victor Russomano: “[...] grupo de empresas constituído horizontalmente”.⁷

Confira a redação do § 2º do art. 2º da CLT após a Reforma Trabalhista instituída pela Lei 13.467/2017:

Art. 2º [...]

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outras, *ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico*, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (grifo nosso)

Oportunamente, voltaremos ao tema da interpretação a ser dada ao novo preceito legal. Por ora, cumpre examinar alguns elementos necessários ao estudo do tema do grupo econômico trabalhista e suas interfaces com o sistema de direito brasileiro.

7. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 8.

2. GRUPO ECONÔMICO, A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O CONCEITO DE EMPREGADOR ÚNICO

Se a solidariedade que vincula as empresas integrantes do grupo econômico trabalhista tem por finalidade, no dizer de Amauri Mascaro Nascimento, “[...] a garantia da solvabilidade dos créditos trabalhistas”⁸, torna-se intuitiva a percepção de que o instituto do grupo econômico trabalhista encontra na Constituição Federal seu substrato jurídico maior, seja porque a ordem social tem como base o primado do trabalho (CF, art. 193), seja porque a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (CF, art. 170, *caput*), seja porque a ordem econômica tem a função social da propriedade como princípio (CF, art. 170, III), seja porque a República tem fundamento nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV).

A doutrina construiu a concepção teórica de que o grupo econômico trabalhista é expressão do fenômeno do denominado *empregador único*, no qual as empresas componentes do grupo econômico, nada obstante tenham cada qual sua personalidade jurídica própria, respondem solidariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo sujeito aparente, figurando, todas elas, como se fossem um único empregador para os efeitos da relação de emprego, com vistas a prover a solvabilidade dos créditos trabalhistas. Isso porque, por força do princípio da despessoalização das obrigações trabalhistas, os beneficiários do trabalho prestado pelo empregado respondem pelos créditos trabalhistas respectivos, independentemente de questões formais acerca da autonomia patrimonial derivada da existência de personalidades jurídicas distintas, conforme a lição de Cleber Lúcio de Almeida.⁹

Na clássica lição de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, o grupo econômico trabalhista previsto no art. 2º, § 2º, da CLT deve ser compreendido enquanto instituto concebido para atuar no âmbito do direito material do trabalho. A felicidade da síntese justifica a reprodução integral do argumento:

Tenha-se em mente que se está no campo do Direito do Trabalho e, portanto, na conformação de um conceito jurídico que guarda linhas específicas e que

8. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo, 2006. p. 141.

9. ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). *Novo Código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 285.

tende a assegurar específicos efeitos. O exame do dispositivo importa no reconhecimento de uma peculiar situação, através da qual a lei procura – dentro do intrincado e da infinita explosão criativa da realidade social – preservar a finalidade da tutela visada, mas indo ao núcleo fático da entramação empresarial, para, daí, arrancar a posição jurídica de interdependência entre pessoas jurídicas. Atento ao alcance do preceito, o legislador abstraiu-se da construção formal, para, sobre um ponto de intersecção, extrair efeitos jurídicos como se fossem uma só aquelas pessoas.¹⁰

Comentando o preceito do § 2º do art. 2º da CLT, Eduardo Gabriel Saad observa que “o dispositivo em tela passa por cima de quaisquer questões jurídico-formais para declarar que tais sociedades compõem um único grupo, o que resulta num único empregador para os efeitos da relação de emprego”.¹¹ Superam-se aspectos formais de personalismo jurídico das sociedades empresariais integrantes do grupo, em favor da solvabilidade dos créditos trabalhistas dos empregados de qualquer empresa componente do grupo.

Para Suzy Elizabeth Koury, a primazia da realidade é a pedra de toque da concepção de grupo econômico como empregador único. Diz a jurista: “[...] é a primazia da realidade dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências que leva o Direito do Trabalho a considerar o grupo como o verdadeiro empregador”.¹² É bastante semelhante a posição de Francisco Ferreira Jorge Neto. O jurista também destaca o fato de que, na noção de grupo econômico como empregador único, a primazia da realidade supera questões formais relativas à personificação jurídica das empresas do grupo. Pondera Francisco Ferreira Jorge Neto: “A realidade sobrepõe-se ao formalismo, tendo em vista que pretende evitar os prejuízos que podem sofrer os trabalhadores diante das manobras praticadas pelas empresas que compõem o grupo”.¹³

3. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO GRUPO É ECONÔMICA E NÃO PROCESSUAL

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência insistem na observação de que a solidariedade prevista no § 2º do art. 2º da CLT é de natureza econômica e não

10. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 124.

11. SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 42.

12. KOURY, Suzy Elizabeth. Direito do trabalho e grupos de empresas: aplicação da *disregard doctrine*. *Revista LTr*, São Paulo, v. 54. n. 10. out. 1990. p. 1206.

13. JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Sucessão trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001. p. 75.

processual. Trata-se de solidariedade para pagar, para assegurar “[...] a solvabilidade dos créditos trabalhistas”, no dizer de Amauri Mascaro Nascimento.¹⁴

A histórica lição é de Francisco Antonio de Oliveira: “Em se mostrando inidônea econômica e financeiramente a empresa contratante, participante de grupo econômico, a penhora poderá recair sobre bens de outras empresas do grupo, posto que a garantia prevista no § 2º do art. 2º é econômica, e não processual”.¹⁵

A jurisprudência corrobora esse entendimento:

[...] Porém, havendo quebra, na fase executória, não significa que somente a empresa contratante (sujeito aparente) deve responder pelos encargos da execução. Outras empresas do grupo devem ser trazidas à lide para dar suporte à execução, pois o art. 2º, § 2º, da CLT prevê solidariedade econômica e não processual.¹⁶

4. A CARACTERIZAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA

Na vigência da redação originária do § 2º do art. 2º da CLT, a doutrina ocupou-se da incumbência de inventariar os elementos capazes de identificar a existência de grupo econômico. Costumava-se destacar, por exemplo, o fato de as empresas do grupo atuarem no mesmo local. Também se indicava a coincidência de ramos de atividade econômica entre as empresas; ramos de atividade econômica correlatos ou complementares também era indicativo de existência de grupo econômico. Outro elemento importante era a presença de administradores comuns às empresas do grupo. Também se destacava a existência de um mesmo nome de fantasia utilizado nas diversas empresas do grupo. O sobrenome da família nas diversas razões sociais das empresas também poderia identificar grupo econômico familiar. Uma marca em comum, uma palavra em comum nas razões sociais ou um logotipo comum às empresas do conglomerado poderia ser indício da existência de grupo econômico.

Para Ari Pedro Lorenzetti, além desses elementos, a existência de empregados comuns seria um indicativo da existência de grupo, assim como promiscuidade

14. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo, 2006. p. 141.

15. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *A execução na justiça do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 345.

16. TRT-15ª Região, AP 623-1992-053-15-00-3 (9803/2003), j. 08.04.2003, rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. *Revista LTr* 68-08/1008.

de negócios, interferência de uma empresa na outra, confusão patrimonial, negociação de produtos de outra empresa com exclusividade, o controle ser exercido pelo patriarca da família.¹⁷

Já para Mauro Schiavi, são indícios da existência do grupo econômico: “[...] sócios comuns, mesmo ramo de atividade, utilização de empregados comuns, preponderância acionária de uma empresa sobre a outra”.¹⁸

5. COMO INTERPRETAR § 2º DO ART. 2º DA CLT APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Com a nova redação dada ao § 2º do art. 2º da CLT¹⁹, a Reforma Trabalhista assimilou o conceito de *grupo econômico por coordenação* (grupo econômico horizontal), que já havia sido adotado na Lei do Trabalho Rural (Lei 5.889/1973, art. 3º, § 2º), superando o conceito estrito de *grupo econômico por subordinação* (grupo econômico vertical), segundo o qual a configuração do grupo econômico exigiria relação de subordinação entre as empresas do grupo. Agora, basta a existência de coordenação interempresarial.

Merece registro o fato de que a conclusão pela assimilação do conceito de *grupo econômico por coordenação* (grupo econômico horizontal) na Reforma Trabalhista tem fundamento na inserção, no novo preceito legal, da locução *ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico*. A locução refere-se às empresas integrantes do grupo econômico e tem sido interpretada no sentido de que, ao lado do grupo econômico por subordinação, no qual se pressupõe a existência de relação hierárquica entre as empresas, surge um novo tipo de grupo econômico, em que as empresas guardam a autonomia de sua personalidade jurídica distinta, vinculando-se mediante coordenação interempresarial. Trata-se de uma nova concepção de grupo econômico de mais fácil caracterização, mais flexível e mais consentânea com a dinâmica multiforme da economia e, por isso mesmo, mais apta para que o instituto do

17. LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 64.

18. SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 132.

19. Art. 2º [...] § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outras, *ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico*, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Grifo nosso)

grupo econômico trabalhista cumpra a finalidade última de assegurar a solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Ao comentar o novo preceito legal, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado ponderam que agora o grupo econômico caracteriza-se mediante relações interempresariais de simples coordenação entre as empresas integrantes do grupo: “Pelo novo texto do § 2º do art. 2º da CLT, fica claro que o grupo econômico para fins trabalhistas mostra-se configurado ainda quando as relações interempresariais sejam de mera *coordenação*, ou seja, mesmo guardando cada entidade empresarial a sua autonomia”.²⁰

Enquanto Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado sustentam que agora o grupo econômico caracterizar-se-á mediante relações interempresariais de *mera coordenação*, Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto cogitam de “[...] uma *sincronia empresarial de interesses e ações*”, para concluir que o suporte fático do novo preceito legal restará preenchido quando estiver presente “[...] um singelo liame empresarial de natureza coordenativa”, “[...] sem grandes exigências formais”.²¹ É similar a posição de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, para quem o que se exige é a presença de “[...] atuação conjunta das empresas integrantes do grupo econômico”, “[...] uma atuação interligada das empresas, vale dizer, um encadeamento de atividades econômicas”. O autor esclarece que o grupo econômico não se formará “[...] quando as empresas desenvolverem atividades sem qualquer afinidade”, mas estará presente quando “[...] as atividades econômicas sejam interdependentes, numa cadeia produtiva que se mostre plenamente integrada, numa ação conjunta em prol de objetivos comuns”.²²

6. COMO INTERPRETAR A REGRA EXCETIVA DO § 3º DO ART. 2º DA CLT

O § 3º do art. 2º da CLT estabelece que “não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo

20. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017. p. 100.

21. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 7.

22. DIAS, Carlos Eduardo Oliveira Dias; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018. p. 25.

econômico, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

A doutrina sustenta que se trata de *regra excetiva* que deve ser interpretada *de forma estrita*, uma vez que *a identidade de sócios é indício de existência de grupo econômico*. A regra tem sido considerada como *regra excetiva* porque parece contraposta ao *conceito geral* de grupo econômico previsto no § 2º do art. 2º da CLT, o qual foi ampliado com a assimilação do conceito de grupo econômico por simples coordenação.

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado,

[...] a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica da *regra excetiva* lançada no novo § 3º do art. 2º da CLT conduz ao não enquadramento no grupo econômico enunciado no *conceito geral* exposto no § 2º do mesmo art. 2º apenas em situações efetivamente artificiais, em que a participação societária de um ou outro sócio nas empresas envolvidas seja minúscula, irrisória, absolutamente insignificante, inábil a demonstrar a presença “do interesse integrado, a efetivação comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes” (§ 3º, *in fine*, do art. 2º da CLT).²³

A posição de Francisco Antonio de Oliveira é semelhante. Para o jurista, é necessário avaliar o caso concreto, para verificar se o sócio tem participação majoritária ou mesmo expressiva no capital social da empresa. Ao comentar o § 3º do art. 2º da CLT, o jurista pondera:

Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios: a afirmação não pode ser recebida como um requisito definidor. Vai depender, naturalmente, do valor da cota capital que o sócio detenha na empresa. Se o sócio for majoritário ou mesmo que não seja majoritário com cota expressiva, não haverá como não conceber a formação do grupo.²⁴

Também Mauro Schiavi adota interpretação estrita na exegese do preceito legal em questão. Depois de resgatar a acertada consideração de que a identidade de sócios é indício de existência de grupo econômico, o jurista sustenta juridicidade da inversão do ônus da prova quando houver identidade de sócios. O jurista reflete:

23. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017. p. 100.

24. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017. p. 12.

[...] ainda que se considere a mera identidade de sócios não ser suficiente para a configuração do grupo econômico, tal elemento é um indício bastante relevante de sua existência (prova *prima facie*), podendo o Juiz do Trabalho, no caso concreto, aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova e atribuir o encargo probatório à empresa que nega a existência do grupo econômico.²⁵

Sobre a interpretação a ser dada à locução *comunhão de interesses*, a doutrina inclina-se para “[...] uma exegese harmônica com a informalidade e a simplicidade que claramente influenciaram o texto constante do citado § 2º, que, como vimos, abraçou um perfil de grupo econômico por mera coordenação, ou seja, sem grandes exigências formais”, conforme ponderam Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto.²⁶ Nessa mesma perspectiva, Francisco Antonio de Oliveira conclui que “Para o processo do trabalho basta que haja um conglomerado de empresas autônomas, com objetivos próprios e que façam parte de um mesmo grupo”.²⁷ Já Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo sublinham que “a realidade das lides trabalhistas revela que duas empresas, com mesmos sócios, explorando uma mesma atividade geralmente possuem essa comunhão de interesses, algo, aliás, que pode ser inclusive presumido pelo Juiz”.²⁸

7. A PROVA DA EXISTÊNCIA DO GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA

A solidariedade decorre de previsão legal ou da vontade das partes e não pode ser presumida. Essa é a regra do art. 265 do Código Civil.²⁹ A existência de grupo econômico, diversamente do que ocorre com a solidariedade, pode ser presumida, em determinadas circunstâncias, conforme se recolhe da doutrina de Ari Pedro Lorenzetti. O autor adverte que a prova da existência do grupo econômico não é encontrada, via de regra, em documentos, sendo necessário investigar outros elementos de fato para chegar à conclusão acerca de existência do grupo,

25. SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 133.

26. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 7.

27. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017. p. 12.

28. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante a reforma trabalhista. Disponível em: [www.jorgesoutomaior.com/blog]. Acesso em: 28.07.2017.

29. Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

entre os quais a forma como as empresas atuam no mercado.³⁰ Não se deve descartar a prova testemunhal. Por vezes, trata-se do único meio de prova disponível à instrução da matéria.

A existência de grupo econômico é fato e, como tal, pode ser provada por todos os meios de prova admitidos no Direito. A lição de Délio Maranhão tornou-se clássica: “[...] a existência do grupo do qual, por força da lei, decorre a solidariedade, prova-se, inclusive, por indícios e circunstâncias. Tal existência é um *fato*, que pode ser provado por todos os meios de prova que o direito admite”.³¹

Também Mauricio Godinho Delgado doutrina no sentido de que o grupo econômico pode ser demonstrado por todos os meios de prova em direito admitidos. O autor sustenta que “[...] não há prova pré-constituída imposta pela lei à evidência dessa figura justralhista. Quaisquer meios lícitos de prova são hábeis a alcançar o objetivo de demonstrar a configuração real do grupo (arts. 332 e 335, CPC/1973, arts. 369 e 375, CPC/2015)”.³²

Conforme revela precitada a lição de Délio Maranhão, o grupo econômico “[...] prova-se, inclusive, por indícios e circunstâncias”.³³ No inventário dos indícios e circunstâncias que podem demonstrar a existência do grupo econômico, a teoria jurídica produziu rica doutrina fundada na primazia da realidade, relacionando diversos elementos de fato, entre os quais se destacam: a) sócios em comum; b) administradores em comum; c) o fato de as empresas do grupo atuarem no mesmo local; d) a coincidência de ramos de atividade econômica entre as empresas; e) ramos de atividade econômica correlatos ou complementares; f) um mesmo nome de fantasia utilizado nas diversas empresas do grupo; g) sobrenome de família nas diversas razões sociais das empresas; h) uma marca comum; i) uma palavra comum a todas as empresas do grupo; j) logotipo ou *design* comum; j) interferência de uma empresa na outra; k) confusão patrimonial; l) negociação de produtos de outra empresa com exclusividade; m) o controle exercido pelo patriarca da família; n) preponderância acionária de uma empresa sobre a outra.

30. LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 76.

31. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. vol. I. p. 305.

32. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 505.

33. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. vol. I. p. 305.

8. ÔNUS DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A fascinante questão do ônus da prova encontra no tema do grupo econômico trabalhista um ambiente de rica elaboração doutrinária. É natural que assim seja, visto que a solução dessa questão pode significar a diferença entre viabilizar ou frustrar a satisfação do crédito trabalhista inadimplido pelo sujeito aparente. Ingressa nesse rico ambiente de elaboração teórica o fato de o sistema de direito brasileiro conceder ao crédito trabalhista um patamar de hierarquia jurídica superior àquele concedido a todos os demais créditos (CF, art. 100, § 1º; CTN, art. 186). A relevância desse aspecto sociojurídico pode ser identificada com propriedade quando se observa que a teoria jurídica concebe expressiva locução – *crédito superprivilegiado* – para simbolizar a preeminência com a qual o crédito trabalhista é distinguido na classificação geral dos créditos no sistema de direito brasileiro. É dessa mesma preeminência que cogita a jurisprudência cível quando reconhece ao crédito trabalhista a qualidade de crédito *necessarium vitae*.³⁴

A existência de grupo econômico é fato constitutivo do direito do exequente à solidariedade passiva que recai sobre as empresas do grupo (CLT, art. 2º, § 2º). Trata-se, portanto, de fato cuja prova incumbe, em princípio, ao exequente, a teor do inciso I do art. 818 da CLT. Essa conclusão apresenta-se adequada à concepção geral de distribuição estática do ônus da prova no processo civil, segundo a qual é atribuído ao autor o ônus da prova do fato que constitutivo do direito por ele alegado, conforme prevê o inciso I do art. 373 do CPC.

Manoel Antonio Teixeira Filho formula e responde à pergunta sobre a qual os juslaboralistas têm se indagado: “De quem será o ônus da prova quanto à caracterização do grupo econômico? Em princípio, será do autor”.³⁵ Fundada no modelo geral de distribuição estática do ônus da prova no processo do trabalho, a resposta do jurista está amparada no art. 818, I, da CLT. Daí porque têm razão Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto quando afirmam, que. “[...] a rigor, esse encargo probatório recairá sobre os ombros da parte que invocar a existência do grupo econômico, por revelar fato constitutivo de seu direito”.³⁶

34. STJ, 1ª T., REsp 442.325, rel. Min. Luiz Fux, DJU 25.11.2002. p. 207.

35. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017. p. 17.

36. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 7.

Entretanto, merece registro o fato de que tanto Manoel Antonio Teixeira Filho quanto Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, nada obstante afirmem que o ônus da prova incumbe, em princípio, ao credor exequente, cogitam da possibilidade de adotar-se, no caso concreto, a inversão do ônus da prova, atribuindo o encargo probatório à empresa sobre a qual recaiu a imputação de integrar o grupo econômico de que participa o sujeito aparente inadimplente.

Enquanto Manoel Antonio Teixeira Filho cogita da inversão do ônus da prova, reportando-se às correspondentes previsões do CDC, da CLT e às regras da experiência ordinária (CPC, art. 375)³⁷, Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto ponderam que:

[...] nada impede que o juiz, mais uma vez sensível às circunstâncias da situação em análise, delibere por inverter o ônus da prova, mediante decisão fundamentada (CLT, art. 818, § 1º – nova redação conferida pela Lei n. 13.467/2017), atribuindo à empresa então reconhecida como integrante do grupo econômico o encargo de provar a inexistência de sincronia empresarial de ações e interesses agora referida pela lei.³⁸

Ainda mais categórica apresenta-se a posição de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado sobre o tema do ônus da prova da existência de grupo econômico. Para os juristas,

[...] 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 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).³⁹

Semelhante posição é encontrada na doutrina de Homero Batista Mateus da Silva, que vaticina:

37. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017. p. 17.

38. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 8.

39. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017. p. 100.

[...] a jurisprudência se inclinará favoravelmente à aptidão da prova ser do próprio grupo econômico, ou seja, pode ser desenvolvida a tese de presunção relativa de existência de grupo econômico, salvo se os sócios idênticos provarem que houve mera coincidência de presença simultânea em dois ou mais ou mais empreendimentos, sem que um se comunicasse com o outro.⁴⁰

9. O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DO GRUPO ECONÔMICO

No primoroso estudo que realiza sobre a responsabilidade das empresas componentes do grupo econômico, Ari Pedro Lorenzetti identifica tanto o alcance objetivo quanto o alcance subjetivo dessa responsabilidade.

No que diz respeito ao alcance objetivo da responsabilidade prevista no art. 2º, § 2º, da CLT, o autor afirma que a responsabilidade das empresas do grupo abranja todos os créditos inadimplidos pelo sujeito aparente. Nas palavras de Ari Pedro Lorenzetti: “A responsabilidade das demais empresas se estende a todos os créditos originários do contrato de trabalho”.⁴¹ O autor esclarece que essa responsabilidade compreende também os créditos trabalhistas constituídos antes da formação do grupo econômico: “A solidariedade alcança inclusive créditos relativos ao período anterior à formação do grupo, uma vez que a este concorrem tanto o ativo quanto o passivo de cada uma das empresas participantes”.⁴²

No que concerne ao alcance subjetivo da responsabilidade das empresas integrantes do grupo econômico, todas as empresas respondem solidariamente pelas obrigações trabalhistas não satisfeitas pelo sujeito aparente. De acordo com a doutrina de Ari Pedro Lorenzetti:

[...] a solidariedade entre as empresas integrantes do grupo econômico é ampla, isto é, a responsabilidade pelo passivo trabalhista de qualquer delas se estende a todas as demais, independentemente da posição que ocupam em relação ao empregador aparente.⁴³

40. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 22.

41. LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 73.

42. LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 74.

43. LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 74.

10. É MODALIDADE DE LEGITIMIDADE PASSIVA EXTRAORDINÁRIA

Quando outra empresa do grupo econômico é chamada a responder, no curso da execução da sentença, pelas obrigações trabalhistas não satisfeitas pelo sujeito aparente, surge a questão de saber que espécie de legitimação passiva está em questão quando o juízo da execução lança mão do recurso da solidariedade econômica previsto no § 2º do art. 2º da CLT para fazer cumprir a decisão exequenda.

Para Wolney de Macedo Cordeiro trata-se de legitimação passiva extraordinária. Dois são os fundamentos adotados pelo jurista para chegar a essa conclusão: “A integração tardia da empresa consubstancia-se em legitimidade passiva extraordinária, tendo em vista não estar presente na relação processual geradora do título e tampouco integrar, de forma explícita, a relação de direito material”.⁴⁴

Invocada a legitimação passiva extraordinária da empresa integrante do grupo econômico para se estabelecer sua responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas não satisfeitas pelo sujeito aparente, a resistência da empresa do grupo chamada a responder pelo passivo trabalhista costuma vir fundamentada na negativa de sua legitimação passiva. A síntese de Francisco Antonio de Oliveira resume adequadamente o debate jurídico que então se estabelece em juízo: “É comum, na prática, a empresa do grupo colocada na linha da execução alegar a preliminar de ilegitimidade *ad causam* passiva. A alegação, todavia, não deve merecer crédito posto que a presença da empresa do grupo na execução é legítima”.⁴⁵

11. A SÚMULA 205 DO TST (RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA 11/1985)

Por quase 20 anos esteve vigente a Súmula 205 do TST, que estabelecia:

Grupo econômico. Execução. Solidariedade. 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.

A Súmula 205 do TST sofria uma crítica severa da doutrina, na medida em que dava ao tema do grupo econômico e sua integração ao processo uma interpretação na qual a exacerbação desmedida da noção de devido processo legal acabava por tornar ineficaz o comando de direito material do § 2º do art. 2º da CLT,

44. CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 149.

45. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017. p. 12.

incidindo na inversão de valores representada pela equação por meio da qual o direito processual nega o direito material ao qual deve servir de instrumento. A Súmula 205 do TST pode ser identificada como uma manifestação do *processualismo* criticado Dalmo de Abreu Dallari.⁴⁶ Essa conclusão é reforçada pela circunstância fática de que a incapacidade econômica do sujeito aparente somente vem a ser conhecida, via de regra, no futuro, anos depois da propositura da ação, quando do insucesso da execução movida contra o sujeito aparente.

A crítica histórica de Francisco Antonio de Oliveira sintetiza a consistente resistência teórica com que a doutrina recebeu a Súmula 205 do TST. Pondera o jurista:

Em boa hora a Súmula 205 foi cassada pela Res. TST 121/2003. A jurisprudência ali cristalizada pela maior Corte trabalhista exigia, para a execução de outras empresas do grupo, que fossem colocadas no polo passivo e participassem dos limites subjetivos da coisa julgada. A exigência causava maus-tratos ao art. 2º, § 2º, da CLT, e durante mais de duas décadas esteve a vigor com efeitos deletérios para a execução trabalhista.⁴⁷

As críticas não cessaram até a Súmula 205 do TST ser cancelada pela Resolução Administrativa 121/2003. A partir do cancelamento da Súmula, o primado do comando de direito material do § 2º do art. 2º da CLT foi resgatado, tendo a jurisprudência voltado ao seu leito originário. Desde então retornou-se ao entendimento de que a inclusão de empresa do grupo econômico no polo passivo na fase de execução não viola o devido processo legal, assegurando-se o contraditório na fase de execução mediante a oposição de ação de embargos de terceiro.⁴⁸ O seguinte acórdão sintetiza a nova posição desde então adotada pela jurisprudência e que prevalece até os dias de hoje no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho:

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Processo em fase de execução de sentença. Grupo econômico familiar. Sociedade anônima de capital fechado. [...] II. A jurisprudência desta corte superior é no sentido de que a inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico no polo passivo da execução não viola a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição

46. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. t. 3. p. 105.

47. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *A execução na justiça do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 345.

48. Também são admitidos embargos à execução opostos pela empresa integrante do grupo.

Federal). [...]. (TST, AIRR 0001862-09.2011.5.15.0024, 4ª T., rel. Min. Fernando Eizo Ono, *DEJT* 31.01.2014. p. 413)

12. HÁ NECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE IDPJ? NÃO

Tratando da hipótese – específica – de *construção de bens dos sócios*, o art. 795, § 4º, do CPC estabelece a necessidade de prévia instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ao estabelecer que “para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste código”.⁴⁹ Esse preceito, entretanto, não se aplica ao grupo econômico trabalhista, uma vez que nessa hipótese a construção não exige prévia instauração de IDPJ, conforme se extrai da interpretação sistemática do art. 674, § 2º, III, do CPC, preceito segundo o qual a defesa é apresentada mediante ação de embargos de terceiro opostos pela empresa do grupo integrada ao polo passivo do processo na fase de execução.

Cumpra transcrever o preceito legal do CPC para melhor compreensão da questão estudada:

Art. 674. Quem não sendo parte no processo, sofrer construção ou ameaça de construção sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

[...]

§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

[...]

III – quem sofre construção de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte.

Se o sistema de direito processual confere à empresa do grupo econômico ação de embargos de terceiro para opor-se à construção de seus bens determinada por força de desconsideração da personalidade jurídica inerente à imputação de sua responsabilidade passiva extraordinária decorrente da aplicação da norma do § 2º do art. 2º da CLT, a conclusão que se impõe é a de que a prévia instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC não é obrigatória nessa hipótese.

49. Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. [...] § 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

Essa conclusão apresenta-se consentânea tanto com a informalidade que inspira o direito material e o direito processual do trabalho quanto com a perspectiva de máxima eficácia que o subsistema justralhista espera do instituto do grupo econômico enquanto entidade jurídica destinada a prover a solvabilidade dos créditos trabalhistas. Nesse particular, cumpre observar que, conforme a doutrina de Eduardo Gabriel Saad, o próprio grupo econômico, enquanto ente abstrato, é o empregador (empregador único)⁵⁰, isso porque o contrato de trabalho está ligado à unidade econômica (Súmula 129 do TST) e não apenas ao sujeito aparente, conclusão que se afeiçoa à teoria da representação do direito alemão. Para a teoria da representação, o sujeito aparente representa as demais empresas do grupo econômico no processo.

É bem verdade que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é exigido pelo CPC quando se tratar de desconsideração inversa da personalidade jurídica (CPC, art. 133, § 2º). Entretanto, a hipótese de integração de empresa componente do grupo econômico na fase de execução da sentença trabalhista tem por fundamento o art. 2º, § 2º, da CLT e não se confunde com a hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica – seja a desconsideração clássica, seja a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Enquanto a desconsideração clássica da personalidade jurídica tem por fundamento a superação da autonomia patrimonial da sociedade insolvente para atingir os bens dos sócios que estão por trás do empreendimento econômico e que se beneficiaram da exploração do trabalho, a desconsideração inversa da personalidade jurídica tem por fundamento a ocorrência da confusão patrimonial prevista no art. 50 do Código Civil enquanto manifestação caracterizadora do abuso da personalidade jurídica tipificado no referido preceito legal, sendo aplicada mediante interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil. De acordo com a lição de Fábio Ulhoa Coelho, na desconsideração inversa da personalidade jurídica, “[...] o devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada”⁵¹.

50. SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 1993. p. 24.

51. O autor informa que a técnica da desconsideração inversa da personalidade jurídica é utilizada no Direito de Família quando se constata que o cônjuge desvia seu patrimônio pessoal para a pessoa jurídica de que é titular, com a finalidade de sonegar determinados bens da partilha. Por vezes, a técnica é utilizada para neutralizar a conduta do cônjuge que aparenta possuir menor rendimento, para obter artificialmente a redução do valor dos alimentos que está obrigado a pagar. Essa técnica também é utilizada no Direito

Vale dizer, a desconsideração inversa da personalidade jurídica tem aplicação quando o devedor esvazia seu patrimônio pessoal, transferindo-o à pessoa jurídica da qual é sócio, para furtar-se às obrigações que são de sua responsabilidade pessoal, mediante a artificiosa invocação da autonomia patrimonial da sociedade personificada para a qual desviou seu patrimônio pessoal. Conforme restou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 948.117/MS, o fundamento para a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica encontra-se na interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil e essa aplicação tem cabimento “[...] nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica”.⁵²

Já a responsabilidade solidária prevista no art. 2º, § 2º, da CLT não tem por fundamento a ocorrência de confusão patrimonial, senão que o simples fato objetivo da existência de grupo econômico, enquanto entidade composta por mera relação de coordenação interempresarial entre as empresas que integram o conglomerado. Se a desconsideração inversa da personalidade jurídica exige o preenchimento do suporte fático da confusão patrimonial previsto no art. 50 do Código Civil, mediante a demonstração de que o devedor esvaziou seu patrimônio pessoal, transferindo-o à pessoa jurídica de que participa, o redirecionamento da execução trabalhista contra empresa do grupo econômico reclama o simples fato objetivo da existência de grupo econômico, sem a necessidade de demonstração de confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

No que respeita à consideração de que a hipótese de integração de empresa componente do grupo econômico na fase de execução da sentença trabalhista tem por fundamento o art. 2º, § 2º, da CLT e não se confunde com a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho está pacificada a respeito dessa matéria

das Sucessões quando herdeiros transferem patrimônio do inventariado para pessoas jurídicas, para sonegar determinados bens da partilha a ser feita no inventário, para prejudicar outros herdeiros ou terceiros credores do espólio (*Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. v. 2. p. 48).

52. STJ, REsp 948.117/MS (2007/0045262-5), 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2010: “III – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/2002, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.”

e adota o entendimento de que o redirecionamento da execução contra empresa do grupo econômico não exige a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC. Isso porque “[...] a hipótese não é de desconconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão de sócios no polo passivo da lide tal como previsto nos artigos 133 e seguintes do NCPC, mas sim de inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico que a executada”⁵³.

A ementa do acórdão é elucidativa acerca da questão em estudo:

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Grupo econômico. Desconconsideração da personalidade jurídica da executada. Conforme expressamente consignado no acórdão regional, a hipótese não é de desconconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão de sócios no polo passivo da lide, tal como previsto nos artigos 133 e seguintes do NCPC, mas sim de inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico que a executada. [...]. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR, 10350-66.2015.5.03.0146, rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 04.04.2018, 8ª T., DEJT 06.04.2018).

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho está assentada na premissa de que a inclusão de empresa do grupo econômico no polo passivo do processo na fase de execução não se confunde com a hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada. É a conclusão que se recolhe também da ementa a seguir reproduzida na parte pertinente à matéria em estudo:

Agravo de instrumento em recurso de revista. Execução. Recurso de revista regido pelo CPC/2015 e IN n. 40/2016 do TST. Inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico (Bertin) no polo passivo da lide. Observância do contraditório e da ampla defesa. [...] Ao contrário das assertivas da reclamada, não se trata de hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão de sócios no polo passivo da lide, conforme previsto no novo CPC, mas de inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico. [...]. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR, 544-07.2015.5.03.0416, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 16.05.2018, DJ 18.05.2018).

De fato, o TST distingue ambas as hipóteses, no pressuposto de que o redirecionamento da execução contra empresa do grupo econômico não se confunde com a hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica. No julgamento de

53. AIRR 10350-66.2015.5.03.0146, rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 04.04.2018, 8ª T., DEJT 06.04.2018.

recurso no qual a empresa do grupo econômico sustentou a que decisão recorrida, “ao redirecionar a execução sem instaurar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/15, violou o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório”, o Tribunal Superior do Trabalho negou provimento ao agravo de instrumento, sob o fundamento de que “[...] a agravante foi incluída na execução em razão de reconhecimento de que integra grupo econômico com as demais executadas, e não por aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica.” E concluiu: “Logo, não se tratando de desconconsideração da personalidade jurídica, não se vislumbra violação dos dispositivos constitucionais invocados, por suposta inobservância do procedimento respectivo”.⁵⁴

É de se notar que os três acórdãos referidos compartilham um mesmo elemento cronológico de relevância para o estudo dessa temática: os três recursos foram julgados na já vigência do CPC de 2015 e da Lei 13.467/2017. No primeiro diploma legal em questão está prevista, para a específica hipótese de redirecionamento da execução contra os sócios, a instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (CPC, art. 795, § 5º). Daí porque é razoável concluir que, de acordo com a jurisprudência do TST e contrariamente ao que sustentavam as empresas então recorrentes, não se exige prévia instauração do incidente de desconconsideração da personalidade para incluir no polo passivo do processo na fase de execução empresa integrante do grupo econômico do sujeito aparente inadimplente.

Por fim, merece registro, no estudo do tema, a circunstância de que a modalidade de defesa prevista no inciso III do § 2º do art. 674 do CPC guarda simétrica compatibilidade com a hipótese de legitimação extraordinária passiva de que trata o instituto jurídico do grupo econômico trabalhista previsto no § 2º do art. 2º da CLT, na medida em que a sociedade do grupo atingida pela penhora é, nos dizeres da lei, a pessoa “[...] quem sofre constrição de seus bens por força de desconconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte” (CPC, art. 674, § 2º, III). É exatamente pelo fato de ter sofrido “[...] constrição de seus bens por força de desconconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte”, que a empresa do grupo atingida pela penhora tem legitimidade ativa para propor a ação de embargos de terceiros por meio da qual deduzirá a pretensão de livrar seus bens da constrição, constrição realizada no pressuposto de que a empresa integra o grupo econômico de que faz parte o sujeito aparente inadimplente.

54. AIRR 10098-29.2016.5.03.0146, rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 13.06.2018, 8ª T., DEJT 15.06.2018.

13. A EMPRESA DO GRUPO ECONÔMICO DEFENDE-SE POR MEIO DE EMBARGOS DE TERCEIRO

Chamada a responder pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo sujeito aparente, após sua integração ao polo passivo do processo na fase de execução, realizada sob a invocação da solidariedade passiva de que trata o § 2º do art. 2º da CLT, a empresa do grupo econômico atingida pela penhora defende-se por meios de embargos de terceiro, conclusão que se extrai da interpretação sistemática do art. 674, § 2º, III, do CPC.

Estabelece o preceito legal em questão:

Art. 674. Quem não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de *embargos de terceiro*.

§ 2º. Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

III – quem sofre constrição de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte. (Grifo nosso)

A jurisprudência do TST também se orienta no sentido de identificar na ação de embargos de terceiro o meio de resistência da empresa do grupo econômico atingida pela penhora realizada sob alegação de integrar o grupo econômico do sujeito aparente. O seguinte acórdão é representativo dessa orientação da jurisprudência atual:

*Agravo de instrumento em recurso de revista. Execução. Negativa de prestação jurisdicional. [...] Agravo de instrumento a que se nega provimento. Grupo econômico. Integração ao polo passivo na fase de execução. Ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. Não caracterização. Uma vez reconhecida a existência de grupo econômico entre pessoas jurídicas, a inclusão no polo passivo da demanda de empresa a ele pertencente apenas na fase de execução não caracteriza, por si só, ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. Ressalte-se que a agravante teve a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, em face da decisão que a incluiu no polo passivo da lide, por meio do manejo dos *embargos de terceiros*, do agravo de petição, do recurso de revista e do presente agravo de instrumento, de modo que não está configurada a violação do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR 0001488-93.2011.5.02.0043, 7ª T., rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 25.04.2014. p. 966)*

14. FERRAMENTAS ELETRÔNICAS PARA PESQUISAR GRUPO ECONÔMICO

Conforme a precitada lição de Mauricio Godinho Delgado, quaisquer meios lícitos de prova são hábeis a alcançar o objetivo de demonstrar a configuração real do grupo econômico⁵⁵, o que inclui os meios de prova obtidos mediante a pesquisa eletrônica proporcionada pelos diversos convênios e sistemas de investigação de dados acessíveis ao Poder Judiciário.

Na pesquisa acerca da existência de grupo econômico, têm especial valor indícios e circunstâncias, conforme se recolhe da mencionada lição de Délio Maranhão.⁵⁶

No inventário de tais indícios e circunstâncias, a doutrina relaciona diversos elementos de fato que podem desvelar a existência do grupo econômico. Os principais elementos de fato são os seguintes: a) sócios em comum; b) administradores em comum; c) o fato de as empresas do grupo atuarem no mesmo local; d) a coincidência de ramos de atividade econômica entre as empresas; e) ramos de atividade econômica correlatos ou complementares; f) um mesmo nome de fantasia utilizado nas diversas empresas do grupo; g) sobrenome de família nas diversas razões sociais da empresas; h) uma marca comum; i) uma palavra comum a todas as empresas do grupo; j) logotipo ou *design* comum; j) interferência de uma empresa na outra; k) confusão patrimonial; l) negociação de produtos de outra empresa com exclusividade; m) o controle exercido pelo patriarca da família; n) preponderância acionária de uma empresa sobre a outra.

Esses indícios e circunstâncias podem ser pesquisados por meio de diferentes ferramentas de pesquisa patrimonial eletrônica, das quais o juiz pode lançar mão com fundamento no art. 765 da CLT, preceito que confere ao magistrado as iniciativas necessárias a promover o “andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Entre outras, podem ser utilizadas as seguintes ferramentas de pesquisa eletrônica: a) Junta Comercial do Estado; b) Bacen – CCS – via convênio Bacen; c) HOD – Host On Demand – via Receita Federal do Brasil; d) DIRPF – Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física – via Infojud; e) DIRPJ – Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – via Infojud; f) SIMBA – Sistema de Investigação de Movimentação Bancária – via convênio Bacen; g) Google; h) Facebook.

55. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 505.

56. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. vol. I. p. 305.

Do ponto de vista procedimental, a recomendação de que a Secretaria da Vara do Trabalho certifique as informações pesquisadas e dê vista da certidão às partes, com prazo para manifestação – o que pode incluir eventual requerimento para produção de novas provas, a ser avaliado pelo magistrado à luz dos arts. 765 e 852-D da CLT –, visa assegurar o contraditório enquanto expressão do devido processo legal e esvazia eventual alegação de nulidade processual e de decisão surpresa.

15. PENSAR NO IDPJ ENQUANTO ALTERNATIVA

Em determinada situação na qual a prova da existência do grupo econômico não for possível, Manoel Antonio Teixeira Filho lembra – com a habitual argúcia que o distingue – que então se poderá cogitar de suscitar incidente de descon sideração da personalidade jurídica do sujeito aparente. Nas palavras do autor:

Nos casos em que não for possível caracterizar ou comprovar a existência de grupo econômico, a parte interessada em preservar os seus direitos talvez encontre condições – factuais e jurídicas – para suscitar o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, previsto no art. 855-A, da CLT, e, supletivamente, nos arts. 133 a 137, do CPC.⁵⁷

CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista objeto da Lei 13.467/2017 introduziu alterações no conceito de grupo econômico trabalhista.

A Lei 13.467/2017 deu nova redação ao § 2º do art. 2º da CLT, incorporando a figura do *grupo econômico por coordenação* (grupo econômico horizontal) e superando o conceito estrito de *grupo econômico por subordinação* (grupo econômico vertical), segundo o qual a configuração do grupo econômico exigia relação de subordinação entre as empresas do grupo. Agora, *basta a existência de coordenação interempresarial*.

A doutrina trabalhista construiu a concepção teórica de que o grupo econômico trabalhista é expressão do fenômeno do denominado *empregador único*, no qual as empresas componentes do grupo econômico, nada obstante tenham cada qual sua distinta personalidade jurídica própria, respondem solidariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo sujeito aparente, figurando, todas elas,

57. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017. p. 18.

como se fossem um único empregador para os efeitos da relação de emprego, com vistas a prover a solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência afirmam que a solidariedade prevista no § 2º do art. 2º da CLT é de natureza econômica e não processual. Portanto, trata-se de solidariedade para pagar, para assegurar a solvabilidade dos créditos trabalhistas inadimplidos pelo sujeito aparente.

A assimilação do conceito de *grupo econômico por coordenação* (grupo econômico horizontal) na Reforma Trabalhista tem fundamento na inserção, no novo preceito legal, da locução *ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico*. A locução refere-se às empresas integrantes do grupo econômico e tem sido interpretada no sentido de que, ao lado do grupo econômico por subordinação, no qual se pressupõe a existência de relação hierárquica entre as empresas, surge um novo tipo de grupo econômico, em que as empresas guardam a autonomia de sua personalidade jurídica distinta, vinculando-se mediante coordenação interempresarial. Trata-se de uma nova concepção de grupo econômico de mais fácil caracterização, mais flexível e mais consentânea com a dinâmica multiforme da economia e, por isso mesmo, mais apta para que o instituto do grupo econômico trabalhista cumpra sua finalidade última de assegurar a solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Quanto ao § 3º do art. 2º da CLT, que estabelece que “não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo econômico, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”, a doutrina sustenta que se trata de *regra excetiva* que deve ser interpretada *de forma estrita*, uma vez que *a identidade de sócios é indicio de existência de grupo econômico*. A regra tem sido considerada como *regra excetiva* porque parece contraposta ao *conceito geral* de grupo econômico previsto no § 2º do art. 2º da CLT, o qual foi ampliado com a assimilação do conceito de grupo econômico por simples coordenação.

O grupo econômico pode ser demonstrado por todos os meios de prova em direito admitidos, uma vez que não há prova pré-constituída imposta pela lei à evidência dessa figura justtrabalhista.

A existência de grupo econômico é fato constitutivo do direito do exequente à solidariedade passiva que recai sobre as empresas do grupo (CLT, art. 2º, § 2º). Trata-se, portanto, de fato cuja prova incumbe, em princípio, ao exequente, a teor do inciso I do art. 818 da CLT. Predomina, na doutrina, entretanto, a compreensão de que pode ocorrer, no caso concreto, a inversão do ônus da prova, atribuindo-se à empresa supostamente integrante do grupo econômico o encargo probatório de sua ilegitimidade passiva.

No que diz respeito ao alcance da responsabilidade das empresas componentes do grupo econômico, a doutrina identifica tanto o alcance objetivo quanto o alcance subjetivo dessa responsabilidade. Quanto ao alcance objetivo da responsabilidade prevista no art. 2º, § 2º, da CLT, a responsabilidade das empresas do grupo abrange todos os créditos inadimplidos pelo sujeito aparente. Quanto ao alcance subjetivo, todas as empresas respondem solidariamente pelas obrigações trabalhistas não satisfeitas.

A partir do cancelamento da Súmula 205 do TST, o primado do comando de direito material do § 2º do art. 2º da CLT foi resgatado, tendo a jurisprudência voltado ao seu leito originário. Desde então se retornou ao entendimento de que a inclusão de empresa do grupo econômico no polo passivo na fase de execução não viola o devido processo legal, assegurando-se o contraditório na fase de execução mediante a oposição de ação de embargos de terceiro.

Se o sistema de direito processual confere à empresa do grupo econômico ação de embargos de terceiro para opor-se à constrição de seus bens determinada por força de desconsideração da personalidade jurídica inerente à imputação de sua responsabilidade passiva extraordinária decorrente da aplicação da norma do § 2º do art. 2º da CLT, a conclusão que se impõe é a de que a prévia instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC não é obrigatória nessa hipótese. Essa conclusão apresenta-se consentânea tanto com a informalidade que inspira o direito material e o direito processual do trabalho quanto com a perspectiva de máxima eficácia que o subsistema justrabalista espera do instituto do grupo econômico enquanto entidade jurídica destinada a prover a solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Quaisquer meios lícitos de prova são hábeis a alcançar o objetivo de demonstrar a configuração real do grupo econômico Judiciário, o que inclui os meios de prova obtidos mediante a pesquisa eletrônica proporcionada pelos diversos convênios e sistemas de investigação de dados acessíveis ao Poder Judiciário.

Em determinada situação, na qual a prova da existência do grupo econômico não for possível, é lícito cogitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica do sujeito aparente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

- CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. t. 3.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira Dias; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018.
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Execução de empresa do mesmo grupo econômico para garantir a efetiva satisfação dos direitos do trabalhador. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Sucessão trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001.
- KOURY, Suzy Elizabeth. Direito do Trabalho e grupos de empresas: aplicação da *disregard doctrine*, *Revista LTr*, São Paulo, v. 54. n. 10. out. 1990.
- LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Os grupos de empresas no direito do trabalho*. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *A execução na justiça do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 1993. p. 24.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- SCHIAVI, Mauro. *Execução no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante a reforma trabalhista. Disponível em: [www.jorgesoutomaior.com/blog]. Acesso em: 28.07.2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. I.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*. São Paulo: Saraiva, 1975.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A autonomia negocial e a flexibilização dos direitos trabalhistas: a subversão do *effet cliquet* (princípio da vedação do retrocesso), de Humberto Augusto Alves Campos e Leonardo Rodrigues de Souza – RT 985/167-185 (DTR\2017\6654).

DEMISSÃO COLETIVA E "REFORMA TRABALHISTA": BREVES NOTAS DESDE UMA TEORIA JURÍDICO–TRABALHISTA CRÍTICA

COLLECTIVE DISMISSAL AND "LABOR REFORM": BRIEF NOTES FROM A CRITICAL LEGAL–LABOR THEORY

JULIANA TEIXEIRA ESTEVES

Professora adjunta de Direito do Trabalho na Universidade Federal de Pernambuco. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho e do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica".
juliana.teixeira2@gmail.com

ANDRÉ LUIZ BARRETO AZEVEDO

Advogado trabalhista. Mestrando em Direito no programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas). Membro do Grupo de Pesquisa "Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica".
abarreto.adv@gmail.com

CARLO BENITO COSENTINO FILHO

Advogado trabalhista. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE). Professor de Direito e Processo do Trabalho no programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, nas Faculdades Integradas Barros Melo (AESO) e visitante na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho. Membro da Rede Nacional de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social– Renapebts.
carlocosentino@me.com

ÁREA DO DIREITO: Trabalho

RESUMO: O presente artigo discute o tema da "demissão coletiva" e possibilidade de aplicação desde a sua regulamentação dada pela "reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), que incluiu à CLT o art. 477-A. Para tal, resgata-se primeiro como, anteriormente a essa reforma, o mesmo teve os critérios de sua caracterização, requisitos de licitude

ABSTRACT: This article discusses the topic of "collective dismissal" and the possibility of application since its regulation by the "labor reform" (Law 13,467/2017), which included to CLT art. 477-A. In order to do so, it is necessary to first recover how, prior to this reform, it had its criteria of characterization, requirements of lawfulness

e os meios alternativos de prevenção a sua ocorrência na jurisprudência trabalhista pátria e na dogmática trabalhista clássica, principalmente a partir do precedente judicial firmado no Tribunal Superior do Trabalho no Caso Embraer. Segundo, expõe-se a proposta de construção de uma teoria jurídico-trabalhista crítica, na qual se problematiza o trabalho livre/subordinado como único pressuposto de teorizações do Direito do Trabalho e aponta-se para a necessidade de ampliação do sentido da proteção para todas as alternativas de trabalho e renda compatíveis com a dignidade humana, ressignificando os seus postulados normativos e princípios jurídicos. Desse modo, ante a aprovação da "reforma trabalhista", e no caso particular da "demissão coletiva", desde essa perspectiva crítica, propõe-se a adoção de uma "hermenêutica estruturante" enquanto método de interpretação e aplicação de suas normas, avaliando-se as suas antinomias e inconstitucionalidades.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista – Demissão coletiva – Direito coletivo do trabalho – Teoria social crítica – Hermenêutica estruturante.

and the alternative means of prevention of its occurrence in the labor jurisprudence of the country and in classic labor dogmatics, especially since judicial precedent established in the Superior Labor Court in the Embraer Case. Secondly, it is presented the proposal for construction of a critical labor-law theory, in which free/subordinate labor is problematized as the only presupposition of theories of Labor Law and it is pointed out the need to extend the sense of protection for all the alternatives of work and income compatible with human dignity, resignifying its normative principles and legal principles. Thus, with the approval of "labor reform", and in the particular case of "collective dismissal", from this critical perspective, it is proposed to adopt a "structuring hermeneutics" as a method of interpretation and application of its norms, and their antinomies and unconstitutionality.

KEYWORDS: Labor reform – Collective dismissal – Collective labor law – Critical social theory – Structural hermeneutics.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A teoria jurídico-trabalhista crítica diante da "reforma trabalhista". 3. A construção do conceito de "demissão coletiva" anterior à "Reforma Trabalhista" pela jurisprudência e dogmática trabalhista clássica. 4. A proposta de aplicação da hermenêutica estruturante crítica ao art. 477-A da CLT e à demissão coletiva. 5. Conclusão. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A "reforma trabalhista" (Lei 13.467/2017) foi apresentada pelos seus defensores como uma medida de "modernização" das relações de trabalho no Brasil, de modo a melhorar o "ambiente de negócios" e gerar um conseqüente aumento nas taxas de emprego. O fundamento último desta "proposta modernizante" do trabalho está baseado no aumento normativo da liberdade contratual do trabalhador. Este se apresenta como espírito geral ou "pamprincípio" jurídico desta "reforma", não sendo mero recurso retórico. Entretanto, a Lei 13.467/2017 não altera a estrutura sindical brasileira, mantendo seus pilares estreitos no monopólio legal da representação (unicidade sindical), com a investidura sindical pelo Ministério do Trabalho e com o controle judicial deste monopólio e de sua

constante fragmentação por territórios cada vez menores e por categorias obreiras cada vez menos abrangentes – uma estrutura que sustenta um sindicalismo de estado, onde a liberdade sindical tem seu âmbito de eficácia normativamente bem restrito, não se podendo falar em verdadeira liberdade negocial.

Nesses termos, o presente artigo pretende discutir, desde uma teoria jurídico-trabalhista crítica e sua hermenêutica estruturante, a eficácia jurídica do dispositivo normativo trazido na Lei 13.467/2017 no tocante à questão da demissão em massa de trabalhadores. Tal tema restou regulamentado na legislação trabalhista pátria com a inserção do art. 477-A no texto celetizado:

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.

No próximo item, serão discutidas as premissas analíticas, fundamentos de validade e princípios orientadores para uma teoria jurídico-trabalhista crítica ante a sua atualidade e necessidade de ressignificação da dogmática trabalhista com a “reforma trabalhista”. Posteriormente, buscar-se-á resgatar como a questão da demissão coletiva foi tratada na ordem juslaboral brasileira antes da “reforma trabalhista” desde a jurisprudência das cortes trabalhistas e das convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), delimitando os critérios de sua caracterização, requisitos de licitude e os meios alternativos de prevenção a sua ocorrência. Por fim, debruçar-se-á sobre o novo texto da CLT relativo ao tema através da aplicação de mecanismos hermenêuticos para superar as suas antinomias e as suas flagrantes inconstitucionalidades.

2. A TEORIA JURÍDICO-TRABALHISTA CRÍTICA DIANTE DA “REFORMA TRABALHISTA”

De início, entende-se pertinente uma reflexão breve sobre a função do Direito do Trabalho, a validade do seu tradicional objeto de estudo e regulação normativa: o trabalho livre/subordinado. Segundo aponta o acúmulo teórico dos estudos e pesquisas desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife¹, o Direito do Trabalho, como tradicional e historicamente estru-

1. Cite-se com destaque nessas pesquisas a trilogia mais recente de obras do Prof. Everaldo Gaspar de Andrade que propõe uma nova teoria jurídico-trabalhista crítica:

ESTEVES, Juliana Teixeira; AZEVEDO, André Luiz Barreto; COSENTINO FILHO, Carlo Benito. Demissão coletiva e “reforma trabalhista”: breves notas desde uma teoria jurídico-trabalhista crítica. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 197. ano 45. p. 149-175. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

turado, centrado no primado do trabalho livre/subordinado, não tem sido eficaz para conferir proteção jurídica às relações laborais e, desde raízes profundas na filosofia liberal, tem exercido a função de perpetuar a exploração capitalista em tais relações e desqualificar o exercício autêntico do trabalho livre.

Assim, desde a perspectiva de uma teoria jurídico-trabalhista crítica, busca-se problematizar o trabalho livre/subordinado como objeto deste campo do direito, de modo a se apontar também para a ampliação do sentido da proteção, abrangendo todas as possibilidades ou alternativas de trabalho e renda compatíveis com a dignidade humana, especialmente o trabalho livre – e não apenas o trabalho subordinado. Nessa nova pauta hermenêutica, é de se citar a proposição da Economia Social e Solidária, como modo de gestão compartilhado do trabalho² e a Renda Universal Garantida, enquanto uma renda mínima e incondicional, destinada a todos os cidadãos, independente de classe social, a fim de custear a sobrevivência e a manutenção das condições mínimas de dignidade, paga pelo Estado, desde a taxação das grandes fortunas e dos fluxos financeiros internacionais³. Tais propostas teóricas de ressignificação do Direito do Trabalho e seu objeto – ampliação que também abarque a proteção de todas as formas de trabalho

Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005; *Princípios de direito do trabalho: fundamentos teórico-filosóficos.* São Paulo: LTr, 2008; e *O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações.* São Paulo: LTr, 2014. Nesse sentido também, as pesquisas que foram desenvolvidas e publicadas no “Grupo de pesquisas direito do trabalho e teoria social crítica”, dentre elas, cite-se: ESTEVES, Juliana Teixeira. *O direito da seguridade social e da previdência social: a renda universal garantida, a taxação dos fluxos financeiros internacionais e a nova proteção social.* Recife: Editora UFPE, 2015; LIRA, Fernanda Barreto. *A greve e os novos movimentos sociais: para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT.* São Paulo: LTr, 2009; PEREIRA, Maria Clara Bernardes. *A livre circulação dos trabalhadores no âmbito da Comunidade Europeia e do Mercosul.* Recife: Editora da UFPE, 2014; D’ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. *A subordinação no direito do trabalho: para ampliar os cânones da proteção a partir da economia social e solidária.* São Paulo: LTr, 2014; e COSENTINO FILHO, Carlo Benito. *O direito do trabalho na revolução informacional e nas teorias dos movimentos sociais: impactos no postulado autonomia, nas relações individuais e coletivas de trabalho.* Recife: Texto Avulso. Programa de Pós-graduação em Direito UFPE, 2017.

2. D’ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. *A subordinação no direito do trabalho: para ampliar os cânones da proteção a partir da economia social e solidária.* São Paulo: LTr, 2014. p. 81.
3. ESTEVES, Juliana Teixeira. *O direito da seguridade social e da previdência social: a renda universal garantida, a taxação dos fluxos financeiros internacionais e a nova proteção social.* Recife: Editora UFPE, 2015. p. 167.

atípicos, marginais, informais e precários – estão fundadas em evidências analíticas e empíricas, contextualizadas na nova morfologia do mundo do trabalho, na qual se fala em um conceito ampliado de trabalho – heterogeneizado, complexo e fragmentado⁴.

Para tal proposta de reorientação desse ramo jurídico, aponta-se para a necessidade de fixarem-se as bases analíticas para a reconfiguração das relações individuais de trabalho, por meio dos “Princípios da Proteção Social e da Democratização da Economia e do Trabalho”, e a reconfiguração das relações sindicais através do “Princípio da Prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações Individuais”, a fim de materializar-se o postulado do Direito do Trabalho na categoria de direito humano fundamental e, conseqüentemente, promover-se a ampliação dos seus cânones protetivos e mais afinado com as lutas operárias⁵.

Desde tais princípios, Everaldo Gaspar propõe como um dos postulados do Direito do Trabalho a sua “autonomia”, mas em uma versão analítica diversa, em virtude das ameaças que recaem na própria estrutura protetiva conquistada por meio de lutas históricas e dos intentos de retomada de uma (falsa) liberdade contratual. Tal postulado afirma-se junto e baseado aos princípios da proteção social e da desigualdade das partes. Portanto, reafirmar a “autonomia” não é insistir em um tema superado, pois, mesmo que o Direito do Trabalho já tenha historicamente adquirido este *status* nas suas várias dimensões científica, didática e legislativa, é necessário desvendar a ideologia utilitarista que vem tomando de assalto tal ramo normativo e de conhecimento jurídico⁶.

Ademais, resta ainda mais oportuna tal resignificação do ramo jurídico-trabalhista e a sua dogmática, tendo em vista as investidas ultraliberais em direção à desconstitucionalização, desregulamentação e flexibilização das relações trabalhistas – o que, no Brasil, tomou corpo de modo mais evidente, nos últimos

-
4. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009.
 5. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de; ESTEVES, Juliana Teixeira; COSENTINO FILHO, Carlo Benito; LIRA, Fernanda Barreto. O direito do trabalho na categoria de direito humano fundamental. Refutações e possibilidades. In: SILVA, Sayonara Grillo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p. 128.
 6. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A “reforma trabalhista”: entre a iniquidade e intolerância. Uma contribuição hermenêutica para a sua adequada compreensão. In: MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge; EÇA, Vitor Salino de Moura. *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: LexMagister, 2018. p. 83.

anos, com a “reforma trabalhista”, implementada através da Lei 13.467/2017. Exatamente por não ter sido abolido o trabalho livre/subordinado, diante de tal mudança legislativa, é que deve ser ainda mais protegido, desde mecanismos hermenêuticos para superar as antinomias e flagrantes inconstitucionalidades da “reforma trabalhista” com o todo da ordem jurídico-trabalhista brasileira. Dentro dessa proposta é que se fala na construção de uma “hermenêutica estruturante”.

Como dito, são os princípios do Direito do Trabalho o fundamento de validade deste campo de conhecimento jurídico, de modo que se deve buscar a sua interpretação e integração, em uma “hermenêutica estruturante” desde o Princípio da Proteção – e seus caracteres de irrenunciabilidade, inderrogabilidade, indisponibilidade e ordem pública – e o Princípio da Desigualdade das Partes enquanto princípio nuclear do Direito Processual do Trabalho. Uma vez estabelecido este vínculo principiológico, cabe ao intérprete escolher ou optar por uma corrente hermenêutica que atenda àquelas duas dimensões. Nas palavras de Everaldo Gaspar:

Por meio desta hermenêutica estruturante, que relaciona o Princípio da Proteção Social – do Direito do Trabalho – ao Princípio da Desigualdade das Partes – do Direito Processual do Trabalho – é possível inserir, quando se ingressa no sistema e nos subsistemas jurídicos de determinado país ou no plano supranacional, escolher uma corrente hermenêutica já existente para, a partir dos fundamentos de validade daqueles dois campos do direito (Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho), aplicá-la ao caso concreto. [...] Logo, é no campo da *Filosofia da Interpretação* que se tem a legitimidade para o exercício da *jurídica da interpretação* aplicável ao caso concreto e, assim, buscar a concretização dos direitos constitucionais fundamentais ou para a afirmação dos direitos individuais, metaindividuais e coletivos ou sindicais do trabalho. Logo, qualquer tentativa de aplicação de teorias hermenêuticas, no âmbito do Direito do Trabalho, têm que começar pela filosofia da ciência e encontrar, primeiro, os fundamentos de validade destes campos específicos – Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho⁷.

Logo, a teoria hermenêutica estruturante aqui defendida e intrínseca a uma teoria jurídico-trabalhista crítica, parte do pressuposto Filosofia da Interpretação, para incluir os princípios do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho como fundamentos de validade destes dois campos, de maneira que

7. *Ibidem*, p. 93-94.

qualquer que seja a escola interpretativa escolhida, ela somente pode ser admita, por exemplo, na experiência brasileira, desde que esteja autorizada por aquele *a priori*. Um acoplamento indispensável para poder-se chegar ao caso concreto e afastar, em cada hipótese de antinomia – no âmbito da prática interpretativa dos juristas e dos cidadãos – os enunciados normativos que desatendam àquelas duas escalas sugeridas – a filosofia da interpretação e a jurística da interpretação⁸. Estabelecidas tais premissas analíticas acerca da teoria jurídico-trabalhista crítica, no seguimento deste artigo buscar-se-á aplicá-las ao instituto da “demissão coletiva”, resgatando-se o acúmulo conceitual deste tido na jurisprudência nacional e dogmática trabalhista.

3. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE “DEMISSÃO COLETIVA” ANTERIOR À “REFORMA TRABALHISTA” PELA JURISPRUDÊNCIA E DOGMÁTICA TRABALHISTA CLÁSSICA

É de se destacar, inicialmente, que o tema da demissão massiva, em momento anterior às mudanças normativas trazidas pela Lei 13.467/2017, apenas a partir do julgamento do Caso Embraer⁹ (Processo TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000, originário de dissídio coletivo ajuizado, no TRT da 15ª Região, pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos em face daquela empresa) pelo Tribunal Superior do Trabalho, tomou contornos jurídicos mais claros no Direito do Trabalho brasileiro. Naquele julgamento, o TST enfrentou tal questão de modo a firmar um precedente judicial que orientasse a jurisprudência dos tribunais regionais em matéria de critérios, delimitações e alternativas à demissão em massa. A partir de então, os tribunais regionais do trabalho passaram a interpretar os

8. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A “reforma trabalhista”: entre a iniquidade e intolerância. Uma contribuição hermenêutica para a sua adequada compreensão. In: MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge; EÇA, Vitor Salino de Moura. *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: LexMagister, 2018. p.98.

9. Em meados de 2009, segundo consta no relatório da decisão do dissídio coletivo instaurado no TRT-15, tal empresa – a quarta maior fabricante de aviões civis do mundo e uma das maiores exportadoras brasileiras – possuía 21.362 empregados e tinha uma previsão de comercializar cerca de 200 (duzentos) aviões de grande porte e 120 (cento e vinte) de pequeno porte. Com a crise econômica internacional, a empresa alegou que houve uma redução de cerca de 30% nas encomendas, especialmente em relação aos aviões de grande porte. Por isso, no dia 19 de fevereiro de 2009, a Embraer demitiu 4.273 empregados, o que correspondia a 20% de sua força de trabalho.

parâmetros normativos postos naquele caso para fundamentar a razão de decidir dos casos de dispensa coletiva que passaram a enfrentar em seus julgados.

Assim, entende-se o caso Embraer como um dos casos mais paradigmáticos da jurisprudência trabalhista nos últimos anos, em que o Tribunal Superior do Trabalho atuou na construção de sentido jurídico ante a uma então lacuna legislativa, firmando precedente judicial¹⁰ com a devida força normativa para orientar a solução de casos futuros sobre licitude de dispensas em massa:

Neste ponto, *para os casos futuros, a d. Maioria da SDC fixou tal premissa* (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada – até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante). *A premissa ora fixada é: a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores* (Processo TST-RO-DC-30900-12.2009.5.15.0000, voto relator, f. 33 – grifos nossos).

A regulamentação jurisprudencial conferida ao tema, portanto, orientou-se pela fixação da prévia negociação coletiva como o seu requisito de licitude, o qual foi construído, desde a premissa de haver uma lacuna legal e, em grande parte, a partir de princípios constitucionais e no sopesamento da tutela de direitos humanos fundamentais, tanto no caso Embraer como em outros que o sucederam. Nesse sentido, transcreve-se as palavras do desembargador relator do caso no TRT da 15ª Região, Jose Antonio Pancotti, em artigo de sua autoria sobre demissão em massa:

Com o evoluir da Teoria Geral do Direito, mormente em face da *inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo*. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Assim, as novas Constituições promulgadas acentuam a *hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais*, tornando a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições. E mais: a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico de nosso tempo.

-
10. Esclareça-se que se deve entender por precedente judicial a “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2, p. 381.

[...]

A partir da ideia da normatização dos princípios que protegem os valores magnos da sociedade pós-moderna, não é exagero sustentar que os princípios – juntamente com as regras e a argumentação jurídica – fazem parte do gênero norma. Os princípios devem ser encarados hierarquicamente como norma jurídica, garantindo-lhes, pelo menos, o mesmo grau de importância das regras legais nesta nova hermenêutica jurídica.

Diante das formulações de valores que embasam a normatividade dos princípios, a estes deve ser conferida prevalência e preferência em detrimento das regras do sistema jurídico, situando-os no ponto mais alto do sistema. São as concepções transpositiva e suprapositiva dos princípios que nortearão o raciocínio jurídico. (grifos nossos).¹¹

Na fundamentação daquele julgado na corte superior trabalhista, esteve em debate se as demissões no caso concreto se caracterizariam dentro de um conceito jurídico de dispensa em massa ou não, configurando uma prática patronal abusiva ou não. Na fundamentação do acórdão, foi destacado que a demissão coletiva promovida pela Embraer não foi precedida de negociação, nem de anúncio prévio, abordando-se as características de tal forma de rescisão contratual e a diferenciação com a dispensa individual, desde a disciplina da Convenção 158 da OIT e os princípios que lhe são afetos, assim como os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição) e nos princípios insertos nos arts. 3º, incisos I, II, III e IV, 4º, incisos I e II, e 170 a 192 da Constituição Federal. Logo, reconhecendo que era um caso paradigmático naquele tribunal – nunca antes tinham apreciado uma situação de dispensa coletiva – foi necessário examinar o caso à luz de perspectivas da proteção do empregado no Direito Internacional do Trabalho, no direito comparado, inclusive no âmbito do Mercosul, de modo que o princípio jurídico orientador de resolução da controvérsia foi o valor social do trabalho e a missão institucional da justiça do trabalho em tutelá-lo.

Nesse sentido, ao distinguir a demissão em massa da dispensa individual, no referido caso, o TST situou-a como um problema que reclama atuação dos instrumentos inerentes ao Direito Coletivo do Trabalho e seus princípios jurídicos orientadores, ao envolver uma coletividade de trabalhadores, de maneira que não existiria mera dispensa arbitrária e potestativa de natureza coletiva na ordem jurídica. Seria necessário, então, aplicar-se à situação o art. 7º, I, da Constituição,

11. PANCOTTI, Jose Antônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 74, n. 5, p. 22, maio 2010.

ESTEVES, Juliana Teixeira; AZEVEDO, André Luiz Barreto; COSENTINO FILHO, Carlo Benito. Demissão coletiva e "reforma trabalhista": breves notas desde uma teoria jurídico-trabalhista crítica. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 197. ano 45. p. 149-175. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

sob permissivo do art. 8º da CLT, que trata da integração do direito do trabalho em caso de lacuna normativa. Nesse sentido, destaca Chehab¹², o acórdão do TST exigiu a necessária participação do sindicato (art. 8º, incisos III e VI, da Carta Magna), isto é, da negociação coletiva prévia, sem a qual tal dispensa seria inábil para produzir efeitos jurídicos, haja vista estar submetida ao regime jurídico-constitucional do direito coletivo trabalhista, pois não existiria na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual.

Restaria imprescindível a negociação coletiva prévia, mediada por sindicato obreiro (ou em caso de sua impossibilidade, dissídio coletivo perante a justiça laboral), porque esta (ou a sentença normativa) fixaria as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-A da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observância a outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas. Em caso de ser inevitável as dispensas, discutiu-se a possibilidade de que, na negociação coletiva, estabelecesse critérios de preferência social, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente.

O primeiro julgado após o Caso Embraer em que o Tribunal Superior do Trabalho condenou uma empresa pela prática de demissão em massa sem negociar previamente as condições e garantias com o sindicato obreiro, reafirmando os fundamentos jurídicos anteriores, foi o caso Sindicato dos Metalúrgicos da Bahia (StimBA) x Novelis do Brasil – RO 6-61.2011.5.05.0000, julgado em dezembro de 2012¹³. Em sucessivos casos posteriores a esses inaugurais, as premissas nor-

12. CHEHAB, Gustavo Carvalho. A dispensa coletiva e a ordem social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, jan.-mar. 2015, p. 290.

13. “Dissídio coletivo de natureza jurídica. Dispensa coletiva. Encerramento da unidade fabril. Negociação coletiva. 1. Ao interpretar o sistema constitucional vigente, como também as Convenções da OIT, firmou-se a jurisprudência desta Seção de Dissídios Coletivos no sentido de que a dispensa coletiva não constitui mero direito potestativo do empregador, uma vez que, para sua ocorrência e a definição de seus termos, tem de ser objeto de negociação com o correspondente sindicato de trabalhadores. 2. Na hipótese vertente, a empresa suscitada encerrou suas atividades no município de Aratu-BA, procedendo à dispensa de todos os empregados dessa unidade industrial, alegando

mativas lançadas naquele caso paradigmático foram aplicadas em julgamentos de repercussão nacional pelas cortes trabalhistas, em sua maioria reafirmando o precedente judicial e suas razões de decidir, de modo a corporificar uma jurisprudência pátria consistente na matéria da dispensa coletiva, conferindo parâmetros claros de seu entendimento jurídico-hermenêutico.

Nesse sentido, deve-se citar, no TRT da 3ª Região, caso Usiminas¹⁴; no âmbito da Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro, o caso Gol Linhas Aéreas (Processo 1618-39.2012.5.01.0023)¹⁵, o caso Estaleiro Ilha (Processo 0010156-

questões de estratégia empresarial e redução dos custos de produção. 3. Nesse contexto, a negociação coletiva prévia com a entidade sindical dos trabalhadores fazia-se ainda mais necessária, tendo em vista que não se tratava de mera redução de pessoal, mas de dispensa da totalidade dos empregados do estabelecimento, com consequências mais graves para os trabalhadores desempregados. 4. Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão recorrida que declarou a ineficácia da dispensa coletiva, e suas consequências jurídicas no âmbito das relações trabalhistas dos empregados envolvidos. Recurso ordinário a que se nega provimento”. [TST, Processo: RO – 6-61.2011.5.05.0000, data de julgamento: 11.12.2012, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, data de publicação: *DEJT* 22.02.2013].

14. Desde dissídio coletivo suscitado pelo Sindipa (Sindicato dos Metalúrgicos de Ipatinga), o mesmo teve decisão liminar do desembargador relator proibindo novas demissões nas empresas do grupo econômico da Usiminas até o estabelecimento de critérios de dispensa, em negociação com o sindicato da categoria, e determinando a exibição de listagem dos empregados dispensados, com indicação do tempo de serviço e prazo faltante para aposentadoria de cada um deles. Tal caso não chegou a ser julgado naquele tribunal, mas é interessante a referência a ele em vista da conciliação nele celebrado, uma vez que se estabeleceu um programa de demissão voluntária (PDV), após longa negociação entre as partes em sucessivas audiências de conciliação, a fim de se estabelecer soluções alternativas que privilegiem a proteção ao emprego e a redução dos graves impactos proporcionados pela demissão massiva.
15. Em novembro de 2012, tal empresa anunciou a dispensa de 850 dos 1.500 empregados de sua empresa subsidiária, a extinta Webjet, adquirida meses antes. Em face disso, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública, sob o fundamento da ausência de prévia negociação coletiva com o sindicato obreiro. Em decisão liminar, mantida na sentença, o juízo *a quo* determinou a reintegração dos empregados dispensados, sob pena diária de R\$ 1.000,00 por cada empregado não reintegrado, a suspensão de novas dispensas e a condenação no pagamento de indenização por danos morais coletivos em R\$ 1 milhão. Tais condenações também foram mantidas no acórdão do TRT-1. O caso chegou ao TST, mas antes que fosse julgado, restou homologado um acordo extrajudicial entre as partes. Como fundamentos dessas decisões, tem-se como pressuposto a existência de uma tutela diferenciada e específica à dispensa massiva de trabalhadores, de forma a recorrer também aos fundamentos normativos constitucionais que regem a

ESTEVES, Juliana Teixeira; AZEVEDO, André Luiz Barreto; COSENTINO FILHO, Carlo Benito.

Demissão coletiva e “reforma trabalhista”: breves notas desde uma teoria jurídico-trabalhista crítica. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 197. ano 45. p. 149-175. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

37.2013.5.01.0067)¹⁶ e o caso Record (Processo 0011775-03.2015.5.01.0044)¹⁷. Por fim, deve-se citar também o último caso julgado no âmbito da Seção de

matéria, ante a lacuna legal e ao permissivo do art. 8º da CLT, tendo por premissa básica o valor social do trabalho e a função social da empresa e da propriedade, imperativos na proteção do emprego contra demissões arbitrárias, restando expressa a necessidade de aplicação ao caso das premissas normativas consolidadas no *leadingcase* Embraer, em específico, a distinção do regime jurídico das demissões individuais e demissões coletivas, sendo estas afetadas pelo sistema do direito coletivo do trabalho, de modo a também traçar elementos caracterizadores deste fenômeno jurídico, segundo um nexo causal comum às demissões; uma motivação empresarial de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou analógica; lapso temporal da ocorrência das demissões; e a efetiva intensão empresarial na redução definitiva do quadro de pessoal, recorrendo-se ao art. 8º, III e VI, CF, para tomar como requisito de licitude a prévia negociação coletiva.

16. Fruto de ação civil pública ajuizada pelo MPT e julgado pelo TRT-1 em maio de 2015, em face de dispensa de 370 empregados no final de 2012, discutiu-se se a realização anterior de assembleia e reuniões com a comissão de fábrica caracterizaria o cumprimento do requisito da prévia negociação coletiva. Em seus fundamentos, a decisão regional analisou os elementos caracterizadores da demissão massiva, recorrendo também ao conceito desse fenômeno na lição de Orlando Gomes – assim, resta destacado que não importa o número de empregados demitidos ser expressivo ou não, mas a motivação empresarial em tais despedimentos (na situação fática, comprovou-se pelos demonstrativos financeiros da empresa nos anos de 2011 e 2012 a grave crise econômica desta). Nas questões de base normativa, reafirmou-se tudo o já discutido de que a ausência de regulamentação legal não é óbice para aplicação do instituto juslaboral em vista da vedação de dispensas arbitrárias (art. 7º, I, CF) e de modo a se recorrer à Convenção 158 OIT (arts. 13 e 14) e aos princípios fundamentais do valor social do trabalho e da função social da propriedade (art. 170, CF). Clamando a força normativa de precedentes na matéria, cita-se o entendimento firmado no caso Embraer no âmbito do TST e no caso Gol, no TRT-1. Assim, manteve-se a condenação em indenização por danos morais no valor de R\$ 370 mil.
17. Com decisão liminar proferida por juízo de primeira instância do TRT-1, no âmbito de ação civil coletiva promovida pelo Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão (Sindrad-RJ), restou determinado que a empresa de televisão e radiodifusão Record recontratasse 600 empregados que tinham sido demitidos no final de 2015, sob pena de multa diária de R\$ 500 por empregado não recontratado. Foi adotado como fundamento a não caracterização do requisito da prévia negociação coletiva, de modo que não se fixa uma limitação absoluta à dispensa em massa de empregados, mas que se deve obedecer a certos procedimentos e princípios, a fim de resguardar e otimizar as relações de trabalho. Na decisão também se fez referência à necessidade de instaurar-se mecanismos alternativos como suspensão do contrato de trabalho para que uma parcela de empregados participe de cursos de qualificação profissional, criação de programas de demissão voluntária (PDVs), ou adoção de critérios sociais, no caso de a demissão ser inevitável. Em referência a casos paradigmas na matéria, reforçando tudo o já falado

ESTEVES, Juliana Teixeira; AZEVEDO, André Luiz Barreto; COSENTINO FILHO, Carlo Benito. Demissão coletiva e "reforma trabalhista": breves notas desde uma teoria jurídico-trabalhista crítica. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 197. ano 45. p. 149-175. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho¹⁸, anterior à reforma trabalhista de 2017, no qual se reafirmaram todos os termos de sua jurisprudência então consolidada na matéria: de que, ante a ausência da negociação coletiva, restaria configurada a abusividade das demissões, tendo sido mantida a condenação em pagar indenização compensatória e manter o plano de assistência médica aos demitidos, remetendo-se mais uma vez, nos seus fundamentos jurídicos, ao caso Embraer, citando-o como precedente judicial.

Tais discussões no seio dos tribunais trabalhistas nacionais, em grande medida, influenciaram, fomentando o debate em torno do tema, a construção do conhecimento jurídico na dogmática trabalhista clássica, de modo a conceituar e caracterizar teoricamente o fenômeno da demissão coletiva nos marcos propostos naquele *leading case*. Anterior a tal construção teórica e jurisprudencial do conteúdo jurídico desse fenômeno, tem-se notícia apenas de abordagem ao tema, dada por Orlando Gomes, em artigo de 1974:

Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados. [...] Na dispensa coletiva é única e exclusiva a causa determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento da empresa, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa.

A finalidade do empregador ao cometer a dispensa coletiva não é abrir vagas ou diminuir, por certo tempo, o número de empregados. Seu desígnio é, ao contrário, reduzir definitivamente o quadro de pessoal. Os empregados dispensados não são substituídos, ou porque se tornaram desnecessários ou porque não tem a empresa condição de conservá-los.

[...]

aqui da força normativa dos precedentes judiciais, tal decisão cita as ementas de acórdãos do TST dos casos Novelis, Embraer e Eaton.

18. Processo n. 6155-89.2014.5.15.0000, originário de dissídio coletivo suscitado pelo sindicato dos metalúrgicos de Campinas/SP em face da empresa coreana E-Link Industrial e Comercial Ltda., fornecedora de peças para a Hyundai, após a demissão de 295 empregados em 2014, com o encerramento das atividades empresariais.

A exigência da reunião desses elementos de caracterização da dispensa coletiva facilita a sua distinção da dispensa ou despedida plúrima.

Dispensa dessa espécie sucede quando numa empresa se verifica uma série de despedidas singulares ou individuais, ao mesmo tempo, por motivo relativo à conduta de cada empregado dispensado. Essa dispensa a de ser praticada, primeiramente, contra número considerável de empregados, por dado que a todos diga respeito, como, por exemplo, a insubordinação dos trabalhadores da seção de embalagem de uma empresa. Os dispensados têm de ser pessoas determinadas, constituindo um conjunto concreto de empregados. Afastados, há de ser substituídos, eis que o serviço precisa ser prestado continuamente por igual número de trabalhadores. A dispensa plúrima não tem, por último, a finalidade de reduzir o quadro de pessoal.

Os pontos de semelhança entre a dispensa plúrima e coletiva desautorizam a aceitação do critério quantitativo para a caracterização da última, pois a primeira também supõe uma pluralidade de dispensados. Algumas leis qualificam como coletiva, entretanto, a despedida, em certo período, de empregados em número superior aos que indica em função da quantidade de trabalhadores da empresa. Pode, no entanto, ser plúrima a dispensa que atinge proporção superior à estabelecida para que se considere coletiva. Nem deve perder esta conotação a despedida de empregados em pequeno número ou em número inferior às percentagens estabelecidas, se reveste os outros caracteres da dispensa coletiva¹⁹.

Desde então, ponto de partida da doutrina trabalhista brasileira clássica foi a distinção entre a demissão em massa e o despedimento individual, impondo-se tratamento normativo diferenciado a cada uma das situações, a fim de se definir critérios de caracterização do primeiro e seus efeitos jurídicos, ante a então lacuna de regulação legislativa. Assim, os debates na dogmática juslaboral centraram-se sobre o conteúdo jurídico de tal fenômeno – o que implica em buscar definir os elementos caracterizadores da demissão em massa, os requisitos de licitude e seus efeitos jurídicos.

Mauricio Godinho²⁰, ao tratar do tema, começa reconhecendo que as dispensas coletivas não têm contado com dispositivos legais regulamentadores – na tradição infraconstitucional brasileira, a lei não se contentaria em considerar como ato afirmativo da individualidade do empregador a ruptura unilateral do

19. GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. *LTR: Revista de Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 38, n. 7, p. 575-576, jul. 1974.

20. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1078.

vínculo de emprego, restando a demissão massiva também descurada pelo direito do trabalho. Assim, mesmo com a previsão do art. 7º, I, do texto constitucional (que veda a demissão arbitrária), apenas mais de duas décadas depois é que a jurisprudência começou a dar tratamento jurídico diferenciado entre a dispensa individual e coletiva, reconhece o referido autor, recorrendo-se a interpretações sistemáticas de princípios e de normas nacionais e internacionais.

Nessa linha de raciocínio, para se construir um conteúdo jurídico próprio para o fenômeno da dispensa massiva, reconhecendo-se a sua autonomia e necessidade de tratamento normativo diferenciado, partiu-se da premissa de que a ordem constitucional democrática brasileira, segundo o texto constitucional e documentos internacionais firmados perante a OIT (Convenções 11, 98, 135 e 141), não autorizaria o manejo unilateral e potestativo das dispensas trabalhistas coletivas, tratando-se de um ato/fato jurídico inerente ao direito coletivo do trabalho, a exigir-se a participação do sindicato obreiro como requisito de licitude.

Seguindo tal espírito jurídico, reforçam Maria Cecília Deodoro e Aarão Miranda²¹ que a dispensa coletiva não está adstrita à esfera individual da relação de emprego, mas refere-se a um direito essencialmente coletivo, afeto não só aos trabalhadores individualmente considerados, mas a toda a comunidade a qual está inserido, às diversas famílias que perdem sua fonte de sustento, à economia local em que o mesmo reside, ao verdadeiro problema social que o desemprego causa, incluindo os danos à esfera pessoal do trabalhador ou de sua família (o que fundamenta faticamente que a dispensa coletiva é causa de dano coletivo e ocasiona lesão a interesses difusos). Nesses termos, a demissão maciça é regida pelo Direito Coletivo do Trabalho, que possui normas de ordem pública.

Desse modo, busca caracterizar Godinho²², a demissão em massa necessariamente atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma prática maciça de rupturas contratuais, diferente da despedida individual, que envolve um único trabalhador, ou da plúrima, que mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal. Diferente do que pode parecer em uma primeira mirada, o referido autor, na mesma linha que Gomes, não elege um critério quantitativo ou numérico como elemento caracterizador da dispensa coletiva – a ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não

21. TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. Os limites da dispensa coletiva. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 1, p. 162, 2009.

22. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1041.

configura por si somente a despedida coletiva, pois pode tratar-se de um número disperso de dispensas individuais, além de ser necessária a caracterização de uma causa motivadora.

Conceitua, por sua vez, Luciano Martinez como despedida coletiva aquela que é “operada simultaneamente, por motivo único, contra um grupo de trabalhadores, sem a pretensão de substituição dos dispensados”²³. Dessa forma, não se prendendo também a um critério numérico, resgatando o ensinamento de Orlando Gomes, elege, o referido autor, como elementos caracterizadores de tal instituto juslaboral: i) a existência de uma única e exclusiva causa determinante, comum a todos os demitidos; ii) atingir um grupo de trabalhadores identificáveis por traços não pessoais, como lotação em departamento, qualificação profissional ou tempo de serviço; iii) causa vinculada à necessidade da empresa, não ligada a algum comportamento dos obreiros; iv) objetivo ou motivação patronal de redução definitiva do quadro de pessoal, não sendo os empregados dispensados substituídos.

Ressalta, nesse mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento que o art. 13 da Convenção 158 da OIT preconiza que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão. São as palavras também do professor aposentado da USP, a esse respeito:

Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza do ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que prevê a Convenção 158 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação – como os mais antigos etc. – seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do trabalho por um prazo, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta²⁴.

23. MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 611.

24. NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. *Revista LTr*, São Paulo, 73-01/07, jan. 2009.

Em alguns casos, as cortes trabalhistas vinham enfrentando tal questão da dimensão temporal das demissões massivas desde o contexto de demissões ao longo do intervalo de meses e a flutuação de mão de obra na empresa, confrontando com as contratações, a fim de apurar a concretude do desmonte de mão de obra na empresa ou estabelecimento. Para tal, utilizava-se como documentação probatória a RAIS – relatório anual de informações sociais da empresa e o Caged – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados²⁵.

Outro aspecto sobre tal fenômeno jurídico-trabalhista construído naquele período pela dogmática pátria era quanto à concretização de uma motivação para a dispensa em massa: deveria estar presente uma causa certa e determinante, pois, a rigor, ela sempre seria motivada (já que é constitucionalmente vedada a dispensa arbitrária, pelo art. 7º, I). Assim, a distinção que pode ocorrer no fato concreto é a de, dentro de sua motivação, a demissão coletiva poder ser lícita ou ilícita, caso seja precedida ou não por prévia negociação coletiva com o sindicato obreiro.

Este também é o entendimento de Martinez²⁶ ao constar, desde a referência ao *leading case* da Embraer, que a dispensa coletiva para ser efetivada necessita passar pelo crivo do sindicato obreiro da categoria profissional atingida, a quem, nos moldes do art. 8º, III, da Constituição Federal, se atribuiu a defesa dos direitos e interesses transindividuais, inclusive em questões judiciais e administrativas. Ele é, ou deveria ser, o detentor da incumbência de buscar o equilíbrio para a tensão constante entre o poder do capital e a classe trabalhadora.

Importa destacar-se que os sindicatos, em suma, são os entes representantes dos interesses das categorias trabalhadoras, que possuem direitos, garantias e deveres assegurados por lei e com objetivos comuns de tutelarem os interesses de seus membros. No mesmo sentido, Jorge Luiz Souto Maior:

O papel importante dos sindicatos é o de dar corpo e configuração à consciência de classe dos trabalhadores, possibilitando uma luta mais organizada e com maior força negocial em direção a conquistas mais abrangentes, generalizáveis, que possibilitem a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores como um todo²⁷.

25. ROCHA, Cláudio Jannotti da. Reflexões sobre a dispensa coletiva brasileira. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg., Belo Horizonte, v.51, n.81, p.225, 2010.

26. MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 613.

27. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 277.

Em grande medida, a consecução de tal função social dos sindicatos obreiros se dá nos momentos de mediação dos conflitos trabalhistas, assegurada pelo instrumento da “negociação coletiva”. O atual panorama ao qual foi calcada a negociação coletiva, após a EC 45/2004 e a nova redação do art. 114 da Constituição Federal, permite afirmar que a negociação coletiva tomou o *status* de pressuposto de validade da solução dos conflitos na esfera coletiva do trabalho.

Nota-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 prestigiou a negociação coletiva, bem como a dimensão coletiva dos conflitos trabalhistas, através dos sindicatos. Ao “flexibilizar” os direitos trabalhistas, assim o fez prestigiando a negociação coletiva e a atividade sindical (art. 7º, inciso VI, XIII, XIV e XXVI, CF). O modelo justrabalista proposto pelo texto constitucional acompanha a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção 98/1949 (art. 4º)²⁸ e na Convenção 154/1981 (arts. 2º e 5º)²⁹ da Organização Internacional do Trabalho (OIT), às quais o Brasil aderiu.

28. Convenção 98/1949, aprovada pelo Decreto-legislativo 49/1952, ratificada em 18.11.1952, promulgada pelo Dec. 33.196/1953: “Art. 4º Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para *fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego*” (grifos nossos).

29. Convenção 154/1981, aprovada pelo Decreto-legislativo 22/1992, ratificada em 10.07.1992, promulgada pelo Decreto 1.256/1994: “Art. 2º Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘*negociação coletiva*’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim 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 alcançar todos estes objetivos de uma só vez. [...] Art. 5º 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva. 2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que: a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção; b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem as alíneas a, b e c do artigo 2º da presente Convenção; c) *seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores*; d) *a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas*; e) *os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva*” (grifos nossos).

Mauricio Godinho³⁰ sustenta que “a negociação coletiva é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea. Sem dúvida, é o mais destacado no tocante a conflitos trabalhistas de natureza coletiva”. Para o autor, são funções da negociação coletiva: a geração de normas jurídicas, a pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva, a função socio-política e a função econômica. Nesses termos, entendida a negociação coletiva, sua subtração ou seu esvaziamento do processo de solução de conflitos coletivos ocasiona a nulidade de todos os atos posteriormente praticados.

Através da negociação coletiva as partes podem procurar soluções diversas para lidar com os problemas econômicos atravessados pela empresa, sem que seja necessária a dispensa coletiva de trabalhadores. A boa-fé, os limites fixados pela função social da empresa, do contrato e da propriedade privada, e o valor social do trabalho são os nortes que deveriam ser observados pelo poder econômico, mesmo diante de uma “crise mundial”, uma vez que a “ética” nunca deveria deixar de ser observada (mesmo no mercado de capitais ou no mundo corporativo). Nessa perspectiva é que se firma obrigatoriedade de se observar o processo de diálogo entre os envolvidos sob pena de “nulidade” procedimental ou até abusividade – para não dizer de má-fé, contrariedade aos bons costumes e ilicitude nas condutas – da decisão unilateral da empresa de demitir diversos trabalhadores³¹.

Nesses termos, portanto, diante da definição acima perfilada e acumulada por setor significativo da dogmática trabalhista nacional, pode-se concluir que a demissão em massa tem por um dos seus elementos caracterizadores, essencial do núcleo de seu conteúdo jurídico, a presença de uma causa determinante, um motivo único e exclusivo contra um grupo de trabalhadores, ou seja, comum a todos. Já a demissão arbitrária se caracterizaria justamente pela ausência de uma motivação exteriorizada pelo empregador, trazendo o regime de proteção jurídica ao emprego prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal. Nesses termos, em verdade, entende-se que seria defensável, desde um rigor lógico e conceitual, não ser possível a aplicação do regime jurídico de proteção previsto em face da demissão arbitrária (art. 7º, I, CF e a Convenção 158 da OIT) para as situações de dispensa coletiva, restando juridicamente falho os fundamentos jurídicos presentes no precedente judicial do *case* Embraer. Como acima exposto, entende-se aqui que a demissão em massa se situa muito mais como uma forma especial de

30. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1276.

31. CHUM, Anelia Li. Responsabilidade do empregador no término da relação de emprego. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região*, São Paulo, n. 1, p. 90, 2009.

despedimento motivado, de modo que possa ser lícita ou ilícita a depender do preenchimento do requisito da prévia negociação coletiva.

Com isso, não se conclui, porém, que a demissão em massa não merecesse qualquer proteção jurídica específica ou que ela fique sob o manto do suposto direito potestativo do empregador em rescindir o contrato de trabalho – como o fez a “reforma trabalhista”. Reafirma-se a necessidade de tal matéria ser objeto de normatização dentro do direito coletivo do trabalho, submetendo-a ao regime do art. 8º, III, da CF, que exige a obrigatória intervenção do sindicato obreiro para que a dispensa coletiva seja efetivada.

A aparente antinomia reside, em nosso entendimento, a rigor, na tentativa da dogmática jurídica de afirmar a existência de uma modalidade de rescisão contratual que seja imotivada, ou seja, realizar uma falsa distinção entre demissão imotivada e motivada, o que na realidade fática não acontece, já que toda rescisão contratual tem uma motivação, por parte do empregado ou do empregador, sendo ela exteriorizada ou não. Reforçando tal entendimento, Sergio Torres Teixeira, criticando também o uso do termo “dispensa imotivada ou arbitrária” alerta que “toda dispensa revela alguma causa remota, geradora da vontade resilitória patronal, por mais banal que seja. A ausência completa de motivos jamais ocorre, mesmo quando inexistir a indicação do fundamento da denúncia”³².

Neste sentido, também Mauricio Godinho Delgado³³, ao destacar que, quando se fala de demissão imotivada, deve-se ter em vista a ideia de falta de um motivo legalmente tipificado, de forma que não se refere à ausência de uma motivação interna à empresa, que sempre há de existir, mas que apenas significa ser irrelevante para a ordem jurídica essa motivação, restando ser uma denúncia vazia do contrato. É preciso destacar-se, ademais, que, na ordem juslaboral, o regime jurídico da extinção do contrato de trabalho, o que não foge à matéria da demissão em massa, é orientado normativamente pelo princípio trabalhista da continuidade da relação de emprego. Nesses termos, desde tal princípio, a extinção contratual transcende o mero interesse individual do trabalhador e da empresa, afetando questões de ordem mais coletiva e comunitária, de modo a se preferir a adoção de práticas que privilegiem o contingenciamento, ou, pelo menos, contemporaneização, das rupturas contratuais.

32. TEIXEIRA, Sérgio Torres. Morfologia do direito de despedir (parte 2): modalidades de dispensa. *Revista do TRT 6ª Região*, Recife, v. 14, n. 31, jan.-dez. 2013, p. 108.

33. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1076.

Ante a toda essa construção jurídica dogmática e jurisprudencial acima exposta, em torno do tema da dispensa coletiva, veio a ser um verdadeiro “ponto fora da curva” a regulamentação legislativa emprestada ao instituto pela “reforma trabalhista” (Lei 13.467/2017). Como se verá no próximo item, tal dispositivo legal apenas se sustenta normativamente por meio de uma interpretação completamente soliptista e esquizofrênica da ordem jurídico-trabalhista brasileira.

4. A PROPOSTA DE APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA ESTRUTURANTE CRÍTICA AO ART. 477-A DA CLT E À DEMISSÃO COLETIVA

Na presente parte deste artigo, buscar-se-á conferir uma interpretação ao texto normativo do art. 477-A da CLT – que equiparou os institutos da demissão individual, plúrima e coletiva, sem exigir, para sua validade, qualquer motivação ou atendimento a requisito prévio – em consonância sistemática com o sistema jurídico-trabalhista brasileiro, principalmente desde o acima discutido sobre uma hermenêutica estruturante do Direito do Trabalho.

Digno de nota que, em janeiro de 2018, chegou ao Tribunal Superior do Trabalho o primeiro caso relativo à demissão coletiva (dispensa de professores, em todo o país, no mês de dezembro do ano anterior, da Universidade Estácio de Sá), no qual o então presidente daquela Corte, Ives Gandra Martins Filho, em sede de diversas reclamações correccionais, determinou a imediata aplicação plena do art. 477-A da CLT. Para aquele magistrado, ficou caracterizada a legalidade das demissões coletivas sem a necessidade de qualquer interveniência do sindicato profissional, de modo que afastou a aplicação de decisões judiciais dos TRT 3^a, 12^a, 15^a, 17^a e 19^a Regiões, que tinham considerado abusivas e nulas tais demissões³⁴.

Frente a tal entendimento concretizado no âmbito do TST deste caso isolado, é preciso destacar-se o Enunciado 57, aprovado na 2^a Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovido pela Anamatra (Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho), afirmando a inconstitucionalidade na regulação da demissão em massa presente no referido artigo celetizado:

34. Presidente do TST aplica nova norma da CLT em liminar sobre dispensa coletiva da Estácio de Sá. *Tribunal Superior do Trabalho*, 11 jan. 2018. Disponível em: [www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/presidente-do-tst-aplica-nova-norma-da-clt-em-liminar-sobre-dispensa-coletiva-da-estacio-de-sa/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageId=pt_BR]. Acesso em: 28.05.2018.

O art. 477-A da CLT padece de inconstitucionalidade, além de inconvenção, pois viola os artigos 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, *caput*, III e VIII, 193, da Constituição Federal, como também o artigo 4º da Convenção 98, o artigo 5º da Convenção 154 e o art. 13 da Convenção 158, todas da OIT. Viola, ainda, a Vedação de Proteção Insuficiente e de Retrocesso Social. As questões relativas à dispensa coletiva deverão observar: a) o direito de informação, transparência e participação da entidade sindical; b) o dever geral de boa-fé objetiva; e c) o dever de busca de meios alternativos às demissões em massa³⁵.

Pertinente também trazer como a doutrina trabalhista clássica vem entendendo tal mudança legislativa sobre esse instituto. Ao comentar as mudanças na CLT trazidas pela Lei 13.467/2017, Mauricio Godinho e Gabriela Delgado³⁶ apontam logo que o referido artigo faz parte do rol de medidas para enfraquecer o sindicalismo obreiro, afastando-o de sua base profissional e inviabilizando a sua intervenção nesta situação de crise generalizada dos contratos de trabalho. Acrescentam, ademais, que tal dispositivo está em confronto e desrespeito com as normas constitucionais de proteção do trabalho e das relações coletivas trabalhistas e sindicais.

Já desde a proposta lançada por Everaldo Gaspar³⁷, frente à aprovação legislativa da “reforma trabalhista”, cabe à teoria jurídico-trabalhista crítica encontrar mecanismos hermenêuticos para superar as suas antinomias, as suas flagrantes inconstitucionalidades, propondo, como dito, o emprego do método da hermenêutica estruturante. Nesta, como visto, os Princípios do Direito do Trabalho aparecem como fundamentos de validade deste campo do conhecimento jurídico, sendo os seus princípios nucleares o Princípio da Proteção (tendo em vista os seus caracteres de irrenunciabilidade, inderrogabilidade, indisponibilidade e ordem pública) e o Princípio Processual da Desigualdade das Partes.

35. Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. *Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra*. 10 out. 2017. Disponível em: [www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp]. Acesso em: 28.05.2018.

36. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 180.

37. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A “reforma trabalhista”: entre a iniquidade e intolerância. Uma contribuição hermenêutica para a sua adequada compreensão. In: MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge; EÇA, Vitor Salino de Moura. *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: LexMagister, 2018. p. 82.

É indispensável, ademais, como visto, dentro da proposta do referido autor, o acoplamento entre a filosofia da interpretação e a jurística da interpretação para poder-se chegar ao caso concreto e afastar, em cada hipótese de antinomia – no âmbito da prática interpretativa dos juristas e dos cidadãos – os enunciados normativos que desatendam aquelas duas escalas sugeridas. Nas palavras do mesmo:

Uma teoria estruturante que inspira também a resolução dos conflitos coletivos ou sindicais de trabalho, desde que articula a filosofia da interpretação aos princípios do Direito do Trabalho voltados para aquelas mesmas relações – Princípio da Prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações Individuais; Princípio da Prevalência do Processo Negocial de Formação da Norma sobre o Processo Estatal dentro de uma Comunidade Real de Comunicação³⁸.

Nesses termos, fazendo-se uso aqui do método de interpretação estruturante no instituto da “demissão coletiva” como regulamentada na CLT, articulando-se ambos os princípios jurídicos acima referidos, enquanto pressupostos abstratos interpretativos, e adotando-se como jurística de interpretação a Vedação de Retrocesso do Direito do Trabalho, pode-se analisar a eficácia jurídica do dispositivo normativo em um caso concreto, refutando-se ou aceitando-se a sua aplicação, inclusive, para inspirar/legitimar decisões judiciais. *Prima facie*, a conclusão a que se chega desde tal mirada sobre o art. 477-A da CLT é a sua incompatibilidade com um dos princípios basilares e fundamento de validade do Direito do Trabalho que é o Princípio da Proteção Social³⁹, que resplandece no subsistema jurídico-trabalhista brasileiro, por meio dos artigos 444, 468 e 9º, todos da CLT.

Além disso, o Princípio da Vedação de Retrocesso de Direitos Sociais, como afirma Daniela Muradas⁴⁰, serve para realimentar incessantemente o subsistema jurídico-trabalhista, fazê-lo atual, contemporâneo, jamais, para suprimir direitos, apresentando-se também como uma verdadeira barreira normativa em face da aplicação do dispositivo celetista em questão nos casos concretos de dispensa massiva.

Entende-se, pois, que a demissão coletiva como regulada pelo art. 477-A da CLT situa tal fenômeno jurídico no âmbito estrito do Direito Individual do Trabalho, de modo a reafirmar uma tradição jurídica individualista e patrimonialista – já

38. *Ibidem*, p. 97.

39. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Princípios de direito do trabalho: fundamentos teórico-filosóficos*. São Paulo: LTr, 2008.

40. REIS, Daniela Muradas. *O princípio do não retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

há muito afastada no seio do conhecimento jurídico como um todo e, principalmente, dentro da dogmática trabalhista – ao dar tratamento atomizado a conflitos jurídicos que têm clara dimensão massiva e coletiva, como anteriormente visto.

Desse modo, estaria distante a previsão normativa de tal dispositivo celetista da proposta da teoria interpretativa estruturante aqui adotada para a resolução dos conflitos coletivos ou sindicais de trabalho, guardando observância à Prevalência das Relações Sindicais e do Processo Negocial de Formação da Norma sobre as Relações Individuais. Conclui-se, assim, pelo afastamento de sua aplicação, tendo em vista a sua inadequação para a resolução adequada dos conflitos jurídicos em questão e antinomia com as normas jurídicas e constitucionais já referidas no item anterior deste artigo.

5. CONCLUSÃO

Nas presentes considerações finais, concluímos que a Lei 13.467/2017 (“reforma trabalhista”) promoveu a maior e mais profunda alteração no Direito do Trabalho brasileiro, tendo como verdadeira orientação jurídica o desmonte das garantias mínimas e atingindo tanto os direitos individuais dos trabalhadores, como os direitos coletivos. Atentou, assim, suas duas principais fontes de proteção: o sindicato e a Justiça do Trabalho. Trata-se de uma lógica de individualização (transferindo para o contrato individual de trabalho uma série de possibilidades de “negociação direta”) e de desproteção coletiva (dificultando o acesso dos sindicatos; fragilizando financeiramente suas entidades; permitindo negociação abaixo dos pisos legais e sem incentivo negocial e, de outro lado, dificultando o acesso à Justiça do Trabalho impondo diversas restrições e altos custos para o trabalhador e suas entidades).

No tema em específico do instituto da “demissão coletiva” desconsiderou-se uma construção e um acúmulo normativo consolidado ao longo dos anos na jurisprudência e dogmática trabalhista brasileira, os quais haviam firmado os parâmetros normativos relativos a seus elementos de caracterização, requisito de licitude, efeitos jurídicos e mecanismos alternativos. Viu-se, neste artigo, como um precedente judicial do TST, construído no caso Embraer, repercutiu na conceituação e delimitação jurídica de tal fenômeno juslaboral pela dogmática trabalhista, bem como na resolução de futuros casos apreciados nas cortes trabalhistas regionais sobre tal temática.

Por conseguinte, apontou-se neste artigo notas propositivas de reconstrução do Direito do Trabalho desde a Teoria Social Crítica, de modo a se problematizar

o trabalho livre/subordinado como objeto desse campo do direito e apontar-se a ampliação do seu sentido de proteção, abarcando todas as possibilidades ou alternativas de trabalho e renda compatíveis com a dignidade humana, especialmente o trabalho livre – e não apenas o trabalho subordinado. Em suas bases analíticas, tal reconstrução da teoria jurídico-trabalhista urge a afirmação da regência das relações individuais de trabalho pelos “Princípios da Proteção Social e da Democratização da Economia e do Trabalho”, e das relações sindicais, pelo “Princípio da Prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações Individuais”, a fim de materializar-se o postulado do Direito do Trabalho na categoria de direito humano fundamental.

Desde tal perspectiva crítica da teoria jurídico-trabalhista, propõe-se o enfrentamento da “reforma trabalhista” na práxis jurídica através de uma “hermenêutica estruturante” que supere as suas antinomias e inconstitucionalidades. No caso específico do instituto da “demissão coletiva”, concluiu-se, aqui, que essa, da forma como está regulada no art. 477-A da CLT, situa tal fenômeno jurídico no âmbito estrito do Direito Individual do Trabalho, de modo a reafirmar uma tradição jurídica individualista e patrimonialista – já há muito afastada no seio do conhecimento jurídico como um todo e, principalmente, dentro da dogmática trabalhista – ao dar tratamento atomizado a conflitos jurídicos que têm clara dimensão massiva e coletiva. Desse modo, estaria distante a previsão normativa de tal dispositivo celetista da proposta da teoria interpretativa estruturante aqui adotada para a resolução dos conflitos coletivos ou sindicais de trabalho, guardando observância à Prevalência das Relações Sindicais e do Processo Negocial de Formação da Norma sobre as Relações Individuais, não sendo outra a conclusão possível senão o afastamento de sua aplicação, tendo em vista a sua inadequação para a resolução adequada dos conflitos jurídicos em questão, devendo ser intrínseco a tais casos a prévia notificação e tentativa de negociação coletiva, a fim de estar em consonância com o todo da ordem jurídico-trabalhista, em específico, o art. 7º, I, e o art. 8º, III, ambos da Constituição Federal, e o art. 15 da Convenção 158 da OIT.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do trabalho e pós-modernidade: Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Princípios de direito do trabalho: fundamentos teórico-filosóficos*. São Paulo: LTr, 2008.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações*. São Paulo: LTr, 2014.

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A “reforma trabalhista”: entre a iniquidade e intolerância. Uma contribuição hermenêutica para a sua adequada compreensão. In: MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge; EÇA, Vitor Salino de Moura. *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: LexMagister, 2018.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de; ESTEVES, Juliana Teixeira; COSENTINO FILHO, Carlo Benito; LIRA, Fernanda Barreto. O direito do trabalho na categoria de direito humano fundamental. Refutações e possibilidades. In: SILVA, Sayonara Grillo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.
- CHEHAB, Gustavo Carvalho. A dispensa coletiva e a ordem social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, jan.-mar. 2015.
- CHUM, Anelia Li. Responsabilidade do empregador no término da relação de emprego. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 1, p. 83-93, 2009.
- COSENTINO FILHO, Carlo Benito. *O direito do trabalho na revolução informacional e nas teorias dos movimentos sociais: impactos no postulado autonomia, nas relações individuais e coletivas de trabalho*. Recife: Texto Avulso. Programa de Pós-graduação em Direito UFPE, 2017.
- D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. *A subordinação no direito do trabalho: para ampliar os cânones da proteção a partir da economia social e solidária*. São Paulo: LTr, 2014.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- ESTEVES, Juliana Teixeira. *O direito da seguridade social e da previdência social: a renda universal garantida, a taxação dos fluxos financeiros internacionais e a nova proteção social*. Recife: Editora UFPE, 2015.
- GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. *LTR: revista de legislação do trabalho*, São Paulo, v. 38, n. 7, jul. 1974.
- GONÇALVES JUNIOR, Mário. Ao anular demissão em massa, judiciário paulista assume responsabilidade do legislativo. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 1, p. 143-149, 2009.
- LIRA, Fernanda Barreto. *A greve e os novos movimentos sociais: para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT*. São Paulo: LTr, 2009.

- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. *Revista LTr*, São Paulo, 73-01/07, jan. 2009.
- PANCOTTI, Jose Antônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 74, n. 5, maio 2010.
- PEREIRA, Maria Clara Bernardes. *A livre circulação dos trabalhadores no âmbito da Comunidade Europeia e do Mercosul*. Recife: Editora da UFPE, 2014.
- REIS, Daniela Muradas. *O princípio do não retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- ROCHA, Cláudio Jannotti da. *Reflexões sobre a dispensa coletiva brasileira*. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 219-228, 2010.
- SILVA, Antônio Álvares da. Dispensa coletiva e seu controle pelo Poder Judiciário. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 6.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.
- TEIXEIRA, Sérgio Torres. Morfologia do direito de despedir (parte 2): modalidades de dispensa. *Revista do TRT 6 Região*, Recife, v. 14, n. 31, jan.-dez. 2013.
- TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. Os limites da dispensa coletiva. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 1, p. 149-165, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O direito coletivo do trabalho no Supremo Tribunal Federal: planos de demissão incentivada e autonomia da vontade, um estudo de caso, de Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello – *RDT* 190/21-46 (DTR\2018\14234); e
- O princípio da proteção: atuais desdobramentos e aspectos da reforma trabalhista – Lei 13.467/2017, de Henrique Ferreira e Lenara Giron de Freitas – *RDT* 193/21-41 (DTR\2018\18473).

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CONTRATO DE EMPREGO

DECISION-MAKING SUPPORTED AND EMPLOYMENT CONTRACT

ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI

Doutoranda em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Excelência – JusPodivm. adrianawyzy@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Trabalho

RESUMO: A pesquisa buscou verificar a compatibilidade do instituto da tomada de decisão apoiada e o contrato de emprego. Para tanto, verificou-se o conceito de pessoa com deficiência, demonstrando a necessidade de proteção da mesma. Percebeu-se que a pessoa com deficiência é dotada de capacidade para praticar os atos da vida civil e de autonomia existencial e patrimonial, após modificação feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Utilizou-se o método lógico-dedutivo para a realização da pesquisa, com revisão de literatura e análise de textos jurídicos. Concluiu-se ser possível a utilização do instituto da seara trabalhista, uma vez que este promove maior autonomia da pessoa com deficiência na tomada de decisões relativas ao contrato de emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com deficiência – Tomada de decisão apoiada – Contrato de emprego.

ABSTRACT: The research sought to verify the compatibility of the institute of supported decision-making and the employment contract. For this, the concept of a person with a disability was demonstrated, demonstrating the need to protect this person. It was noticed that the person with disability is endowed with the capacity to practice the acts of civil life and existential and patrimonial autonomy, after modification made by the Statute of the Person with Disabilities. The logical-deductive method was used to carry out the research, with literature review and analysis of legal texts. It was concluded that it is possible to use the institute of the labor contract, since it promotes greater autonomy of the disabled person when making decisions regarding the employment contract.

KEYWORDS: Disabled person – Decision-making supported – Employment contract.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pessoa com deficiência e o ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. A necessária proteção da pessoa com deficiência. 2.2. Ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. 3. A tomada de decisão apoiada. 3.1. Autonomia e pessoa com deficiência: uma análise à luz do sistema de capacidade civil. 3.2. Conceito de tomada de decisão apoiada. 3.3. Características e efeitos. 4. A tomada de decisão apoiada e o contrato de emprego. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime das capacidades civis representa um grande avanço no tocante à consagração da autonomia privada e existencial destes indivíduos.

Nesta senda, a retirada das doenças mentais do rol das incapacidades absolutas e relativas faz com que o ordenamento jurídico brasileiro passe a enxergar a pessoa com deficiência por meio da isonomia substancial, dando à mesma autonomia para decisões relativas aos atos da sua vida, bem como garantindo o exercício da liberdade negocial.

Surge, como forma de promover tal capacidade, o instituto da tomada de decisão apoiada, por meio do qual a pessoa com deficiência pode suprir alguma falta que exista em decorrência da sua deficiência, levando a mesma a tomar decisões de forma esclarecida e informada.

Questiona-se se tal instituto produziria efeitos na seara laboral, uma vez que o termo de decisão apoiada poderia ensejar situações práticas até então não conhecidas no âmbito da relação de emprego.

Tal pesquisa possui como objetivo principal compreender como a tomada de decisão apoiada seria utilizada em âmbito laboral, haja vista que o sistema jurídico brasileiro prevê ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Busca, ainda, compreender as nuances da autonomia da pessoa com deficiência, em âmbito existencial e privado, e possíveis questionamentos que o exercício desta autonomia pode trazer no que tange à relação de emprego, em especial diante do termo de decisão apoiada.

2. PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Numa acepção histórica, a pessoa com deficiência fora, durante muito tempo, deixada à margem da sociedade, sob a perspectiva de que a mesma não era produtiva ou que poderia ser considerada como um fardo social. Infere-se desse

relato que discriminação, marginalização e poucas oportunidades laborais eram extremamente comuns.

Na pré-história e antiguidade, crianças com deficiência eram abandonadas ou assassinadas, como forma de exclusão social. Em Roma, as pessoas com deficiência serviam como pedintes ou juntavam-se às atividades circenses, o que demonstrava o total descaso e exclusão social destes indivíduos¹.

Infelizmente, na sociedade atual, tais pensamentos ainda são reproduzidos, obviamente fruto de desconhecimento e discriminação na grande maioria das vezes.

Em razão de tais aspectos, faz-se necessária a proteção da pessoa com deficiência, como forma de garantia da igualdade substancial². Assim, não basta visualizar mecanismos formais de igualdade, sendo necessários direitos específicos voltados a tal grupo, de sorte a consagrar um verdadeiro patamar de igualdade material, com integração e inclusão destes.

2.1. A necessária proteção da pessoa com deficiência

Utiliza-se a terminologia pessoa com deficiência em face da opção legislativa feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência³. Nos dias atuais, as expressões “deficientes” ou “pessoas portadoras de deficiência” estão sendo utilizadas em menor proporção, haja vista que podem refletir um conteúdo pejorativo, relacionado à incapacidade ou inaptidão do indivíduo⁴.

1. RODRIGUES, Olga Maria Piazentin Rolin. *Educação especial: história, etiologia, conceitos e legislação vigente*. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008. v. 12, p. 7. Disponível em: [www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/livro2.pdf]. Acesso em: 27.06.2017.
2. ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 86, p. 166, 2014.
3. Lauro Luiz Gomes Ribeiro também opta por esta expressão. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Social*, ano 5, n. 21, p. 89, jan.-mar. 2006. Manoel Jorge e Silva Neto, por sua vez, discorda desta posição, adotando a terminologia “portador de necessidades especiais”. Para o autor, a expressão “portador de deficiência” induz à aceção de que a pessoa é deficiente, ou seja, inapta. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001. p. 189.
4. A expressão “deficiente”, por exemplo, é utilizada por Moacyr de Oliveira. OLIVEIRA, Moacyr. Deficientes: sua tutela jurídica. *Revista dos Tribunais*, ano 70, v. 553, p. 11, nov. 1981.

Conceituar pessoa com deficiência não é uma tarefa fácil, haja vista que tal conceito está em constante mutação. Sandro Melo conceitua pessoa com deficiência como aquela que possui algum tipo de limitação física, mental ou sensorial, associadas ou não, e que demandam ações compensatórias por parte das próprias pessoas com deficiência, por parte do Estado e da sociedade, visando extirpar ou minorar tais limitações⁵.

Em sede internacional, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe conceito atualmente reproduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência⁶, ao ponderar que:

considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁷.

Vislumbra-se, neste conceito, a premissa de que a deficiência não se encontra insita ao indivíduo, mas sim no ambiente e na sociedade que o rodeia⁸. Diminuir ou eliminar as dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência faz com que a deficiência não seja tão relevante, de sorte a promover bem-estar e, consequentemente, garantir a consagração da dignidade da pessoa humana.

Observa-se, ainda, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou no tocante ao método avaliativo utilizado para fins de aferição da deficiência, ao estabelecer, no artigo 2º, § 1º, que a avaliação será biopsicossocial, a ser realizada por equipe multidisciplinar, e que levará em consideração os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, bem como fatores socioambientais, psicológicos

-
5. MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo, 2004. p. 52 e 53.
 6. BRASIL. *Lei 13.146/2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm]. Acesso em: 27.06.2017.
 7. BRASIL. *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2007-2010/2009/deceto/d6949.htm]. Acesso em: 27.06.2017.
 8. MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição de retrocesso*. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873]. Acesso em: 27.06.2017. Nesse mesmo sentido: FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012.

e pessoais. Ademais, será observada a limitação no desempenho de atividades e restrição na participação das mesmas para fins avaliativos.

Tal mecanismo de avaliação é deveras importante para a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, em especial no mercado de trabalho, haja vista que possibilita, com maior precisão, a análise minuciosa da deficiência e possibilidade de exercício laboral.

Percebe-se, portanto, que a proteção da pessoa com deficiência busca a consagração do princípio fundamental da igualdade, uma vez que esse, em sua acepção substancial, prega tratamento desigual para se atingir um critério igualitário⁹. A isonomia substancial é importante no que tange à pessoa com deficiência, uma vez que o constituinte tratou de reconhecer o processo de exclusão vivenciado¹⁰, de sorte a garantir proteção especial. Nesta senda, faz-se necessária a implementação de ações afirmativas voltadas à tutela da pessoa com deficiência.

2.2. *Ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho*

Ações afirmativas relacionadas à pessoa com deficiência são deveras importantes em face da consagração da dignidade humana e, por conseguinte, dos direitos fundamentais. Questões relacionadas à acessibilidade, proteção do mercado de trabalho e política de cotas, prevenção no que tange à discriminação, educação, lazer, etc. são essenciais à consagração de interesses transindividuais da pessoa com deficiência.

Mas, para tratar das ações afirmativas voltadas especificamente à pessoa com deficiência, faz-se necessário conceituar ações afirmativas. São estas ações voltadas a implementar maior inclusão social de grupos conhecidos historicamente como minorias, em face das dificuldades vivenciadas pelas mesmas ao longo de um processo histórico. Após o término da Segunda Guerra Mundial, a

9. MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 18. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, in passim.

10. ARAUJO, Luiz Alberto David. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 208. Nesse mesmo sentido PENTEADO, Fernanda. Ação civil pública e os direitos das pessoas com deficiência. *Revista de Processo*, ano 35, n. 189, p. 165, nov. 2010.

necessidade de proteger as minorias foi reforçada pela constatação de que existe uma propensão do ser humano a exercer o papel de opressor¹¹.

Esses mecanismos de inclusão podem ser vistos como forma de se garantir que os direitos fundamentais das minorias sejam respeitados, haja vista que buscam efetivar uma igualdade social maior, evitando, assim, discriminações em face da raça, cor, sexo, origem ou qualquer outro fato que diferencie esta pessoa da maioria dominante¹².

São, portanto, políticas públicas e privadas voltadas à inserção de discriminações positivas¹³, concebidas com o objetivo de combater a discriminação negativa e para corrigir os efeitos presentes em face das discriminações ocorridas no passado¹⁴.

No tocante à inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, os dispositivos constitucionais sobre o tema garantem alguma inclusão do empregado com deficiência, contudo, ainda estão aquém das medidas adequadas. Faz-se necessária uma mudança de mentalidade na classe patronal e nos próprios empregados, visando receber de forma adequada esta pessoa no âmbito laboral.

O art. 203 da Constituição Federal de 1988, por exemplo, assegura renda mínima à pessoa com deficiência que não consegue manter-se com recursos próprios ou de sua família. Já os arts. 7º, inciso XXXI, e 37, VIII, garantem “proteção jurídica ao mercado de trabalho”¹⁵.

Em âmbito infraconstitucional, reconheceu-se a necessidade de cotas, no importe de 2% a 5% dos empregados de empresas com mais de 100 empregados a pessoas com deficiência ou reabilitadas, consoante artigo 93 da Lei 8.213/91.

-
11. Appio sustenta, tratando de minorias, que o ativismo judiciário está justificado como um instrumento democrático de proteção dos direitos fundamentais das minorias, como decorrência de sua baixa capacidade de mobilização política e econômica, da qual resulta histórica discriminação. APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. Prefácio de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 192.
 12. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20.
 13. BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 48.
 14. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.
 15. MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 4, p. 101, 2010.

Para Christiani Marques, tal legislação possui um conteúdo discriminatório velado, haja vista que se limita a proteção a um escalonamento percentual somente para empresas com mais de 100 empregados¹⁶.

Concorda-se com tal posição, embora se ressalte que a implementação da política de cotas traz consigo enorme avanço na inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho pelo Legislador brasileiro.

A Lei 7.853/89¹⁷, por sua vez, garante apoio governamental à formação profissional, educacional, e garantia de acesso aos serviços de formação, bem como reserva de mercado às pessoas com deficiência.

No tocante à aprendizagem e ao estágio, não se verifica limites temporais no tocante ao aprendiz ou estagiário com deficiência, conforme disposição do art. 428, § 5º, da CLT e art. 11 da Lei 11.788/08. O Legislador buscou com tais normas proteção ao aprendiz e estagiário que, provavelmente, teriam dificuldades em acesso a oportunidades no mercado de trabalho. Para Erotilde Minharro, tal disposição acaba por precarizar estas relações, transformando o aprendiz e o estagiário em mão de obra barata¹⁸.

O Brasil ratificou, ainda, a Convenção 159 da OIT, que trata das medidas voltadas ao fomento e acesso das pessoas com deficiência a uma atividade produtiva, bem como manutenção no emprego adequado. Ademais, o Brasil tornou-se signatário da Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, incluindo a discriminação que ocorre na esfera laboral¹⁹.

Sem o fito de esgotar o tema, percebe-se que o Brasil se encontra munido de diversas ações afirmativas voltadas à proteção da pessoa com deficiência. Contudo, ainda carece de uma mudança de comportamento na sociedade, especialmente no ambiente de trabalho, para a boa implementação de tais ações.

-
16. MARQUES, Christiani. A discriminação na aplicação das normas de proteção às pessoas com deficiência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 50, out.-dez. 2011.
 17. BRASIL. Lei 7.953/89. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm]. Acesso em: 27.06.2017.
 18. MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 4, p. 103, 2010.
 19. MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; CAMPAGNOLI, Adriana de F. Pilatti Ferreira. Pessoas com deficiência, discriminação e mercado de trabalho: o direito como instrumento de transformação social. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 4, n. 42, p. 42, jul. 2015.

Uma ação especial trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, além dos dispositivos voltados à proteção do mercado de trabalho²⁰, foi a mudança no sistema de capacidades civis do Código Civil. Passou-se a promover, por conseguinte, a autonomia da pessoa com deficiência, não a considerando incapaz aprioristicamente. Tal tema será abordado agora.

3. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Para tratar da temática da tomada de decisão apoiada, faz-se necessária uma breve incursão no tocante à autonomia da pessoa com deficiência e o novo regime das capacidades civis adotado após o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Vislumbra-se, em primeiro plano, que tal modificação é fruto de um processo histórico ocorrido no âmbito do direito civil, quer seja a constitucionalização do direito privado, que desloca para a tábua axiológica da Constituição o ponto de referência antes localizado no Código Civil²¹.

O Direito Civil, assim, passou por um processo de repersonalização, onde o patrimônio passa ao papel de coadjuvante e a pessoa humana ocupa o *status* central da análise deste ramo do direito²². A dignidade humana é incorporada aos ditames civilistas, que passam a analisar os valores existenciais acolhidos pela Constituição Federal de 1988²³.

O exercício da autonomia, assim, corrobora para o exercício da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito privado. Passar-se-á à análise da autonomia da pessoa com deficiência, portanto, no âmbito do Direito Civil.

3.1. *Autonomia e pessoa com deficiência: uma análise à luz do sistema de capacidade civil*

Autonomia e vontade são fenômenos inerentes ao ser humano e, por isso, são objetos de estudos nos mais diversos campos do conhecimento. No campo do direito, fala-se muito em autonomia da vontade ou autonomia privada e em autonomia existencial, sem que se faça a necessária distinção entre os institutos.

20. Vide arts. 35 e 36, por exemplo, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

21. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13.

22. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista do Senado*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 103, jan.-mar. 1999.

23. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

A autonomia privada não se baseia somente na autodeterminação e liberdade dos sujeitos para a formação de negócios jurídicos, tal como era visto com a autonomia da vontade²⁴. Na teoria da autonomia privada não bastaria o puro consenso suficiente para criar direito. É imprescindível ou que este consenso seja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou, ao menos, que este consenso não seja proscrito pelo ordenamento jurídico.

Noutras palavras, não bastaria a manifestação de vontade para que os sujeitos se obrigassem, senão era necessária observância de certos pressupostos de validade²⁵. Já a autonomia existencial é vista como a dimensão onde os direitos da personalidade se realizam²⁶, com a liberdade do sujeito em gerenciar a sua vida com base na noção de dignidade.

Em face de tal premissa, a autonomia existencial possibilita o direcionamento da liberdade negocial, garantida pela autonomia privada, a fim de que se realizem negócios jurídicos com conteúdo voltado aos direitos da personalidade²⁷.

Feitas tais considerações, passa-se à modificação promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no que tange ao regime de capacidades civis, que garante, atualmente, autonomia ao sujeito com deficiência.

Tal modificação, por conseguinte, afeta a capacidade de agir do indivíduo, haja vista que garante que, mesmo diante da deficiência, este possa praticar atos da vida civil, independentemente de assistência ou representação²⁸. Antes da

24. A liberdade contratual das pessoas é trazida à baila por meio da autonomia da vontade, de sorte que as mesmas podem autorregulamentar seus interesses. LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 39, p. 35, jul.-set. 2009.

25. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52-53.

26. HUPSEL, Francisco. *Autonomia provada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: JusPodivm, 2016, in passim.

27. REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 33.

28. A capacidade de direito, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, consiste na “atribuição da possibilidade de ser sujeito de direito, isto é, de poder ser titular de direito e obrigações na ordem civil”, enquanto que a capacidade de agir estaria ligada à prática dos atos da vida civil, sem a necessidade de assistência ou representação. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

mencionada modificação, o ordenamento brasileiro trazia uma limitação subjetiva da autonomia das pessoas com deficiência, com especial destaque às pessoas com deficiência mental, uma vez que a capacidade destas era restrita, de forma absoluta ou relativa, pelo Código Civil, nos artigos 3º e 4º. Presumia-se, portanto, a vulnerabilidade da pessoa com deficiência, retirando-lhe o *status* da capacidade.

Tal posição legislativa, contudo, era passível de críticas, uma vez que o fato da pessoa possuir uma deficiência mental não era, por si só, condição para que a mesma fosse inserida de forma automática no rol dos incapazes²⁹.

Buscando resguardar a autonomia da pessoa com deficiência, foram retirados do rol de incapacidade absoluta aqueles que, por enfermidade ou doença mental, não teriam o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil. Ademais, modificou-se o rol das incapacidades relativas, retirando as hipóteses que tratavam dos excepcionais e os que, por deficiência mental, teriam o discernimento reduzido. Assim, o novo critério estabelecido pelo Código Civil é a falta de discernimento e não mais a deficiência em si, modificação que representa um avanço no tocante à autonomia do sujeito com deficiência³⁰.

Nesta linha, Maurício Requião acredita que a modificação não afasta a possibilidade de que a pessoa com deficiência não pratique certos atos da vida civil, uma vez que se mantém a possibilidade de utilização do regime de curatela. O que fora afastado, ao revés, diz respeito à sua condição de incapaz³¹.

Percebe-se, com a supracitada alteração, que mesmo o regime de curatela deve ser visto como medida excepcional, haja vista a possibilidade da gerência dos atos da vida civil pela pessoa com deficiência como regra. Verifica-se, ainda, outra ferramenta, quer seja a tomada de decisão apoiada, como nova medida a ser adotada, que garante maior espaço de escolha e, conseqüentemente, autonomia existencial e patrimonial da pessoa com deficiência. Tratar-se-á desta temática agora.

29. REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 42, jan.-mar. 2016.

30. TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 75, ano 18, p. 63-77, mar. 2017.

31. REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 5, n. 46, p. 29, nov. 2015.

3.2. Conceito de tomada de decisão apoiada

Em princípio, a pessoa com capacidade plena não depende de apoio ou auxílio de outras para tomada de decisões no que tange aos seus direitos da personalidade ou patrimônio, a não ser que deseje algum tipo de aconselhamento, típico da vida em sociedade. Dessa mesma forma deve ser vista a pessoa com deficiência, haja vista que “pode ser tão capaz quanto qualquer outra pessoa, desde que disponha dos meios necessários para suprir o que lhe falta”³². É neste contexto que surge o instituto da tomada de decisão apoiada.

Segundo Atalá Correia³³, a pessoa com deficiência que apresente dificuldade prática na condução de sua vida civil poderá “optar pela curatela, diante de incapacidade relativa, ou pelo procedimento de tomada de decisão apoiada”.

A tomada de decisão apoiada surge, então, como um mecanismo de apoio à pessoa com deficiência, apoio este variável e com base na vontade do sujeito interessado, como forma de se garantir que se supra alguma falta no exercício da sua capacidade legal, nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁴.

Tal instituto não substitui a curatela, portanto, mas anda ao lado da mesma, como um mecanismo apto a fomentar o seu desuso. A tomada de decisão apoiada constitui, assim, inovação no Brasil, embora haja experiência semelhante em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano – por meio do instituto da *amministrazione di sostegno*³⁵, e argentino – por meio dos *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad*³⁶.

32. ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, p. 83, out.-dez. 2015.

33. CORREIA, Atalá. Dúvidas que surgem com a vigência do Estatuto da pessoa com deficiência. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 5, n. 46, p. 66, nov. 2015.

34. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 336.

35. ITÁLIA. Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004. Disponível em: [www.parlamento.it/parlam/leggi/04006l.htm]. Acesso em: 09.08.2017.

36. GIAVARINO, Magdalena Beatriz. La Recepción Del Sistema De Apoyos En El Nuevo Código Civil Y Comercial. *Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de La Nación*/Liliana Abreut de Begher ... et al; compilado por Graciela C. Wüst. – 1ª ed adaptada. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. Disponível em: [www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/giavarino.pdf]. Acesso em: 09.08.2017.

Segundo o *caput* do art. 1.783-A do Código Civil, a tomada de decisão apoiada consiste no processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhes elementos e informações necessários para que a mesma possa exercer sua capacidade³⁷.

Deste conceito, infere-se a conceituação da figura dos apoiadores. O sistema jurídico atual prevê, pelo menos, dois apoiadores, não trazendo limitação máxima no número de sujeitos que podem funcionar como tais. Ademais, devem os apoiadores ser pessoas de confiança, idôneas, além de possuir algum vínculo com o apoiado. Carreira Alvim³⁸, fazendo uma leitura do dispositivo, entende ser possível que apenas um apoiador seja escolhido, de forma fundamentada pela pessoa com deficiência, sendo esta decisão validada pelo magistrado. Vale-se o autor, portanto, da noção de autonomia da pessoa com deficiência, cabendo a esta decidir os rumos da tomada de decisão apoiada, desde que haja justificativa para tanto.

Nesta toada, questiona-se se seria possível que os apoiadores também fossem pessoas com deficiência, ante a inexistência de vedação legal. Entende-se ser possível tal situação, desde que a pessoa com deficiência que funcione como apoiadora esteja apta a prestar o apoio necessário³⁹.

Assim, a tomada de decisão apoiada fundamenta a escolha dos apoiadores com base na noção de confiança, estando, portanto, de acordo com os ditames inerentes à codificação civil atual.

3.3. Características e efeitos

O artigo 1.783-A do Código Civil, ao tratar da tomada de decisão apoiada, determina que a mesma dependa de processo judicial⁴⁰, onde a petição inicial

37. BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm]. Acesso em: 09.08.2017.

38. ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, p. 86, out.-dez. 2015.

39. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 337.

40. Na visão de Taisa Lima, tal processo necessariamente será de jurisdição voluntária, a ser analisado pela Vara de Família. LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas repercussões na capacidade civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 231, jan.-jun. 2015.

deverá conter os requisitos estabelecidos pelos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil. Tal petição deve conter um termo, com determinação de prazos, limites, compromissos e interesses do apoiado, de sorte que seus desejos e vontade sejam tratados e resguardados.

Critica-se tal burocratização na utilização de instrumento judicial para fins de determinação do termo de decisão apoiada. Entende-se ser plenamente possível a utilização de mecanismos mais simplificados, tal como registro cartorário ou utilização do contrato de mandato, como forma de desburocratizar este processo, tornando-o mais célere e mais pautado em seu objetivo primordial, quer seja a autonomia da pessoa com deficiência.

Ademais, infere-se do § 2º do art. 1.783-A que a pessoa com deficiência é a legitimada a pleitear o pedido de tomada de decisão apoiada, indicando aqueles que têm aptidão para serem apoiadores de imediato. Cristiano Chaves de Farias⁴¹ entende que os legitimados para propor a ação de curatela também o seriam no tocante à tomada de decisão apoiada. Discorda-se deste posicionamento, haja vista que o instituto visa, com suas vicissitudes, a consagração da autonomia da pessoa com deficiência. Tal pensamento esposado pelo autor vai à contramão de toda a ideia de que a pessoa com deficiência possui capacidade para decidir sua própria vida, inclusive se tem necessidade de ser apoiada ou não nas decisões a serem tomadas.

Recebida a petição inicial, o magistrado, que estará acompanhado de equipe multidisciplinar, deverá proceder à oitiva do Ministério Público. Mais uma vez, critica-se tal solução legal, haja vista que não há justificativa alguma para a participação do Ministério Público neste processo. Para Anderson Schreiber⁴², aliás, tal intervenção demonstra apenas o preconceito que ainda paira sobre a legislação no tocante à pessoa com deficiência.

Em seguida, o juiz ouvirá pessoalmente o apoiado e os candidatos a apoiadores, proferindo sua decisão em seguida. Nesta, o magistrado indicará os limites do apoio que será prestado à pessoa com deficiência, sempre levando em consideração a sua vontade.

Ressalta-se que a legislação não menciona a possibilidade de remuneração aos apoiadores. Poder-se-ia pensar que, na falta da recomendação legal, o instituto

41. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 338.

42. SCHREIBER, Anderson. *Tomada de decisão apoiada: o que é, qual a sua utilidade*. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608]. Acesso em: 09.08.2017.

deve ser prestado de forma gratuita exclusivamente. Discorda-se de tal situação, haja vista que tal determinação deve estar no âmbito da autonomia da pessoa. Imagina-se, como exemplo, situação onde o apoiador deve ter conhecimento específico para bem prestar o apoio. Carreira Alvim⁴³, em linha semelhante, entende ser possível aplicação analógica do art. 1.752 do Código Civil, que determina recebimento de retribuição ao tutor pelos bens administrados do seu tutelado.

Ademais, deve se reconhecer que, caso o apoiador exerça sua função de forma negligente, não venha a adimplir obrigações assumidas ou, ainda, exerça pressão indevida sobre o apoiado, cabe a este último, ou a qualquer pessoa, apresentar denúncia ao Ministério Público ou juiz, conforme determinação do Código Civil (§ 7º do art. 1.783-A). Verificada a ocorrência das situações relatadas, cabe ao juiz destituir o apoiador e nomear outro, se assim for da vontade da pessoa com deficiência.

A legislação pátria determina, ainda, que caso o negócio possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir a questão.

Infere-se, ainda, do § 4º do supracitado dispositivo, que a tomada de decisão apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, nos limites do que fora acordado. Estranhamente, o § 5º permite que uma parte que firme negócio jurídico com a pessoa com deficiência solicite que os apoiadores contra-assinem o negócio jurídico firmado.

Tal situação revela, mais uma vez, um ranço preconceituoso da legislação com a pessoa com deficiência no tocante ao exercício da sua capacidade. Torna-se praxe, com tal inclusão, que qualquer parte solicite tal contra-assinatura⁴⁴. Se por um lado a medida parece proteger aquele que contrata com a pessoa com deficiência, por garantir autenticidade ao documento, por outro reafirma a incapacidade então rechaçada pelo Código Civil, após modificação promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Por fim, o apoiador pode solicitar a exclusão ao magistrado, que analisará a situação concreta e decidirá pela exclusão ou não do apoiador. Nada impede, ainda, que o apoiado solicite o término do termo que indica a decisão apoiada. Caso

43. ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, p. 87, out.-dez. 2015.

44. SCHREIBER, Anderson. *Tomada de decisão apoiada: o que é, qual a sua utilidade*. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608]. Acesso em: 09.08.2017.

tais medidas não sejam tomadas, o termo de decisão apoiada vigorará no prazo estabelecido, caso assim esse tenha sido firmado.

4. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONTRATO DE EMPREGO

Firmado termo de decisão apoiada, questiona-se como este termo poderia produzir efeitos no contrato de emprego, haja vista que, conforme dito alhures, a pessoa com deficiência é capaz e apta a exercer atos da vida civil, incluindo-se neste rol as atividades laborais.

Tal questionamento mostra-se ainda mais interessante quando se pensa que uma das políticas de inclusão da pessoa com deficiência é exatamente a sua inserção do mercado de trabalho, de sorte a garantir isonomia substancial.

Defende-se neste trabalho que o termo de decisão apoiada é plenamente compatível com a relação empregatícia. Explica-se o porquê.

Primeiramente, o contrato de emprego é firmado em face da autonomia privada individual dos sujeitos integrantes daquela relação jurídica. Quanto aos fins, é possível afirmar que a autonomia individual visa satisfazer um interesse individual, pertinente à pessoa singularmente considerada.⁴⁵ Tal noção é essencial para compreender que o contrato de emprego com a presença de uma pessoa com deficiência consiste num ato de autonomia privada individual, voltado à consagração da liberdade negocial das partes envolvidas. Assim, afirma Luciano Augusto de Toledo Coelho, que “a autonomia privada funda-se na capacidade de a pessoa autorregular autônoma e responsavelmente sua vida. [...] É dado ao trabalhador, hoje, o direito de não contratar, desde que aceite as implicações de seu ato no mundo capitalista”⁴⁶.

É importante salientar que, no que diz respeito à relação de emprego, questiona-se o grau de autonomia privada do empregado, seja ele pessoa com deficiência ou não, em face do desequilíbrio marcante que ocorre nesta seara. Sabe-se que o empregador detém um poder econômico, social e diretivo sob o empregado, fatores que podem limitar, mas não extinguir, a autonomia privada individual trabalhista.

45. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 48-65. v. III.

46. COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de trabalho e autonomia privada. In: NALIM, Paulo (Org.) *Autonomia privada na legalidade constitucional: contrato e sociedade*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 147. v. III.

Dessa forma, atuando os sujeitos da relação de emprego com autonomia, não há por que se falar em impossibilidade de aceitação do termo de decisão apoiada. Corrobora com tal premissa a modificação promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil, ao consagrar a capacidade da pessoa com deficiência.

Assim, o termo de decisão apoiada não altera o requisito de validade “capacidade do agente”, haja vista que a pessoa com deficiência, física ou mental, possui capacidade de firmar contrato de emprego.

Entende-se que, ao revés, o termo de decisão apoiada funciona como um mecanismo de maior proteção ao empregado com deficiência, uma vez que, pela presença dos apoiadores, o empregado pode se sentir mais seguro no tocante às decisões que irá tomar no que diz respeito à sua vida laboral.

E o empregador estaria vinculado ao termo de decisão apoiada? Mais uma vez, não se vê empecilhos a tal questão, afinal a decisão não é tomada pelos apoiadores e sim pela pessoa com deficiência. Ademais, embora questionável, pode o empregador solicitar a contra-assinatura dos apoiadores no que diz respeito ao negócio jurídico firmado com a pessoa com deficiência.

Numa situação concreta de assinatura de um contrato de emprego, pode a pessoa com deficiência solicitar o auxílio dos apoiadores para que possam esclarecer possíveis pontos benéficos ou prejudiciais ao exercício daquele labor. Sabe-se que, em face das barreiras de interação social que a pessoa com deficiência pode possuir, seria mais fácil que a pessoa fosse enganada ou até mesmo que ficasse confusa diante de um contrato de emprego.

Tal termo, portanto, resguarda que a decisão tomada pela pessoa com deficiência, no sentido de estabelecer vínculo empregatício ou não, seja a mais abalizada possível, evitando prejuízos futuros e funcionando também como um mecanismo interessante ao próprio empregador.

Não pode ainda o empregador, num processo seletivo, dar preferência a empregado com deficiência que não possua termo de decisão apoiada, sob pena de ofensa à isonomia. A realização do termo de decisão apoiada consiste num direito garantido à pessoa com deficiência, o que impede que seja utilizado como mecanismo discriminatório.

No decorrer da relação empregatícia, o termo de decisão apoiada ainda poderia ser bastante útil, haja vista que situações corriqueiras da prestação do serviço podem ser facilmente esclarecidas pelos apoiadores, facilitando o desenrolar dessa relação. Imagina-se uma situação em que existe a cogitação de transferência da pessoa com deficiência. Para fins de garantia de uma decisão adequada sobre tal transferência ou não, a presença dos apoiadores faz-se necessária, afinal,

estes, por serem pessoas de confiança da pessoa com deficiência, podem indicar os malefícios ou benefícios da hipotética transferência.

Um problema que surge diante de tal questão diz respeito à divulgação das estratégias, segredos, informações e dinâmicas da empresa e do emprego aos apoiadores. Empregadores poderiam alegar que, em face de tais considerações, não poderiam divulgar todas as informações aos apoiadores, por estes serem estranhos à relação empregatícia.

Contudo, discorda-se de tal situação hipotética. O empregador teria um dever de informar os apoiadores, de sorte a compartilhar todas as informações relevantes à vida laboral do empregado com deficiência, sob pena de restringir o exercício adequado da autonomia deste empregado.

Ademais, caso ocorra divulgação de informação sigilosa por parte dos apoiadores, nada impede que o empregador se utilize das medidas cíveis relativas a tal divulgação indevida. Os apoiadores devem ter acesso a tais informações com a finalidade única e exclusiva de auxiliar o empregado com deficiência para que este possa tomar a melhor decisão possível no tocante ao seu trabalho e, por isso, devem ser responsabilizados civilmente neste caso.

Por isso, defende-se que é possível que o empregador firme com os apoiadores termo de confidencialidade e sigilo, a fim de inibir eventuais condutas que eventualmente possam surgir por parte dos apoiadores. Tal termo, inclusive, facilita a responsabilização caso ocorra uma futura violação.

Outra argumentação que poderia ser vislumbrada diz respeito à ingerência dos apoiadores no exercício das atividades do empregado com deficiência. Poderia o empregador alegar que os apoiadores, embora não decidam, exercem influência sob o empregado, o que comprometeria a personalidade na prestação dos serviços.

Tal hipótese, contudo, é passível de críticas. Os apoiadores não possuem poder decisório, conforme já fora dito alhures. No que diz respeito à possível influência, tal circunstância não é passível de ser controlada pelo empregador, afinal qualquer pessoa, estranha ou não à relação empregatícia, pode exercer influência sobre o empregado. Exemplifica-se o caso de um empregado que apenas toma decisões após consultar familiares. Tal situação não pode ser alvo de controle do empregador, por não estar na alçada do poder diretivo.

No momento da extinção contratual, a tomada de decisão apoiada firmada será de grande valia, haja vista que terá o condão de facilitar o encerramento contratual com a informação que os apoiadores podem fornecer acerca das verbas trabalhistas ali dispostas.

Nesta senda, defende-se que o termo de decisão apoiada funciona como verdadeiro mecanismo protetor no que diz respeito ao empregado com deficiência. Se um empregado sem deficiência, por desconhecimento, pode ter dificuldades no momento do encerramento contratual, quicá um empregado com deficiência.

Tal garantia, inclusive, funciona também como mecanismo apto a coibir, ainda que de forma indireta, dispensas discriminatórias em face da deficiência do empregado, uma vez que a presença do termo de decisão apoiada pode inibir o empregador de tomar alguma atitude que vise violar o direito fundamental à isonomia da pessoa com deficiência.

Em suma, entende-se que a tomada de decisão apoiada funciona como um mecanismo adequado e eficaz na garantia da autonomia e da proteção da pessoa com deficiência. Embora tal instituto ainda precise passar por adaptações e maiores reflexões acerca do seu uso, funciona como instrumento de difusão da autonomia do empregado com deficiência.

5. CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que:

I – É necessária a proteção da pessoa com deficiência, de sorte que, diminuir ou eliminar as dificuldades enfrentadas por essas, faz com que a deficiência não seja tão relevante, garantindo seu bem-estar e, conseqüentemente, consagrando a dignidade da pessoa humana;

II – As ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho consistem numa forma de se garantir isonomia substancial, afinal a inclusão social de grupos conhecidos historicamente como minorias justifica-se em face das dificuldades vivenciadas pelas mesmas ao longo de um processo histórico;

III – O Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu um novo critério para fins de aferimento da incapacidade, quer seja a falta de discernimento e não mais a deficiência em si, modificação que representa um avanço no tocante à autonomia do sujeito com deficiência;

IV – A tomada de decisão apoiada surge como um mecanismo de apoio à pessoa com deficiência, apoio este variável e com base na vontade do sujeito interessado, como forma de se garantir que se supra alguma falta no exercício da sua capacidade;

V – O instituto da tomada de decisão apoiada é compatível com o contrato de emprego, haja vista que é uma forma de garantir a autonomia negocial da pessoa

com deficiência no momento em que esta firma o contrato, bem como durante o desenvolvimento desta relação laboral e, ainda, no encerramento da mesma.

6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, out.-dez. 2015.
- APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. Prefácio de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 86, 2014.
- BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de trabalho e autonomia privada. In: NALIM, Paulo (Org.). *Autonomia privada na legalidade constitucional: contrato e sociedade*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005. v. III.
- CORREIA, Atalá. Dúvidas que surgem com a vigência do Estatuto da pessoa com deficiência. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 5, n. 46, p. 65-68, nov. 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012.
- GIAVARINO, Magdalena Beatriz. La Recepción Del Sistema De Apoyos En El Nuevo Código Civil Y Comercial. *Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de La Nación / Liliana Abreut de Begher ... et al; compilado por Graciela C. Wüst. – 1. ed adaptada. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. Disponível em: [www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/giavarino.pdf]. Acesso em: 09.08.2017.*

- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HUPSEL, Francisco. *Autonomia provada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ITÁLIA. Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004. Disponível em: [www.parlamento.it/parlam/leggi/04006l.htm]. Acesso em: 09.08.2017.
- LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas repercussões na capacidade civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 223-234, jan.-jun. 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista do Senado*, Brasília, ano 36, n. 141, jan.-mar. 1999.
- LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 10, v. 39, p. 33-50, jul.-set. 2009.
- MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição de retrocesso*. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873]. Acesso em: 27.06.2017.
- MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; CAMPAGNOLI, Adriana de F. Pilatti Ferreira. Pessoas com deficiência, discriminação e mercado de trabalho: o direito como instrumento de transformação social. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 4, n. 42, p. 34-45, jul. 2015.
- MARQUES, Christiani. A discriminação na aplicação das normas de proteção às pessoas com deficiência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 44-59, out.-dez. 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 18. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo, 2004.
- MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 4, p. 99-104, 2010.
- OLIVEIRA, Moacyr. Deficientes: sua tutela jurídica. *Revista dos Tribunais*, ano 70, v. 553, nov. 1981.
- PENTEADO, Fernanda. Ação civil pública e os direitos das pessoas com deficiência. *Revista de Processo*, ano 35, n. 189, nov. 2010.

- REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan.-mar. 2016.
- REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 5, n. 46, p. 28-33, nov. 2015.
- RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Social*, ano 5, n. 21, jan.-mar. 2006.
- RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolin. *Educação especial: história, etiologia, conceitos e legislação vigente*. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008. v. 12, p. 7. Disponível em: [www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/livro2.pdf]. Acesso em: 27.06.2017.
- SHAFFER, David R. *Psicologia do desenvolvimento: infância e adolescência*. Trad. Cíntia Regina Pemberton Cancissu. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. *Tomada de decisão apoiada: o que é, qual a sua utilidade*. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608]. Acesso em: 09.08.2017.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. III.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de direito civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 75, ano 18, mar. 2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A análise da capacidade civil à luz do estatuto do deficiente: inclusão, proteção ou desproteção da dignidade da pessoa humana?, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas | e João Paulo de Carvalho Cruz – *RT* 989/83-124 (DTR\2018\10306);
- A repercussão do estatuto da pessoa com deficiência no regime da capacidade civil, de Camila Strafacci Maia Tostes e Leonardo Gomes de Aquino – *RDPriv* 75/63-77 (DTR\2017\466); e
- Tomada de decisão apoiada: aspectos sobre a confiança e vontade da pessoa com deficiência, de José Marcelo Menezes Vigliar – *RBA* 8/199-215 (DTR\2018\12611).

OS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES NOS PACTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS DE 1966

THE WORKERS SOCIAL RIGHTS IN THE INTERNATIONAL COVENANTS OF 1966

RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA

Professora Titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Doutora em Direito pela PUCMinas. Mestre em Direito do Trabalho pela PUCMinas. Autora de diversos livros e artigos em Direito do Trabalho, Direito Constitucional do Trabalho, Direito Ambiental do Trabalho e Direitos Humanos e Sociais.
rubiazanotelli@terra.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Internacional; Trabalho

RESUMO: Este artigo dedica-se a um estudo sobre dos pactos internacionais de Direitos Humanos de 1966, demonstrando a sua importância para o processo de amadurecimento e de consolidação do Direito Internacional do Trabalho ao longo da história, bem como ao papel que foi atribuído a ambos, que foi o de contemplar direitos em matéria de Direitos Humanos dos trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos – Direito internacional do trabalho – Pactos internacionais de 1966.

ABSTRACT: This article studies the International Covenants on Human Rights of 1966, showing its importance for the process of maturation and consolidation of International Labor Law throughout history, as well as the role assigned to both, which was to contemplate human rights of workers.

KEYWORDS: Human Rights – Social rights – International covenants of 1966.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os pactos internacionais de direitos humanos de 1966. 1.1. Os direitos sociais dos trabalhadores no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966. 1.2. Os direitos sociais dos trabalhadores no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a demonstrar a importância atribuída aos pactos internacionais de Direitos Humanos de 1966 como uma das mais relevantes normas internacionais do sistema internacional de proteção aos direitos do ser humano

com a responsabilidade de assegurar a proteção aos direitos dos trabalhadores. Ambos os pactos não apenas positivaram como, ao mesmo tempo, ampliaram o rol de direitos, princípios e valores universais contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH).

Nessa hipótese investigativa, será possível constatar que os pactos internacionais de Direitos Humanos de 1966 também contemplam uma gama de Direitos Humanos dos trabalhadores. Por isso, são considerados importantes *fontes gerais* do Direito Internacional do Trabalho e servem de alicerces para a realização dos Direitos Humanos no âmbito das relações de trabalho.

Para tanto, faz-se imperioso que o Direito Internacional do Trabalho – sempre e quanto mais – esteja comprometido em garantir a promoção e a ampliação das conquistas sociais já alcançadas pelos trabalhadores brasileiros. Isso ocorrerá por meio dos instrumentos legais legitimadores dos Direitos Humanos dos trabalhadores previstos nas fontes – *gerais e específicas* – do Direito Internacional do Trabalho.

1. OS PACTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS DE 1966

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram aprovados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York, em 16 de dezembro de 1966.

O Brasil aderiu, sem reservas, ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 24 de janeiro de 1992.

A entrada em vigor do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para o país na esfera internacional ocorreu em 24 de abril de 1992, simultaneamente com o seu homólogo sobre Direitos Civis e Políticos, ao passo que, no âmbito interno brasileiro, a promulgação dos dois pelo Decreto 592 ocorreu em 6 de julho do mesmo ano.

Assim, o pacto internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado juntamente com o pacto internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos. Ambos regulamentaram e ampliaram o rol de Direitos Humanos dos trabalhadores previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

Em consonância com Renata de Assis Calsing, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Júlio Edstron S. Santos:

Com a promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, houve o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um valor fundamental para todos os países que fazem parte do sistema das Nações Unidas (ONU) e, com este entendimento, veio à tona a necessidade de a sociedade internacional estabelecer padrões para a efetivação dos direitos inerentes à proteção e à promoção do ser humano, seja em sua dimensão individual ou social.¹

Desse modo, os pactos internacionais de Direitos Humanos de 1966 tiveram por objetivos a regulamentação e a ampliação dos Direitos Humanos Fundamentais consagrados na DUDH de 1948, cujo projeto foi redigido pelo notável jurista e humanista René Cassin. Ambos os pactos internacionais não apenas incorporam os direitos originalmente previstos na Declaração Universal de 1948, como os estenderam e ampliaram.

Consoante ensina Valerio de Oliveira Mazzuoli, tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Pacto Civil) quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto Social), concluídos em Nova York em 1966, foram editados com o objetivo de dar operatividade técnica aos direitos previstos na DUDH.²

Ambos os pactos não apenas positivaram como, ao mesmo tempo, ampliaram o rol de direitos, princípios e valores universais contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH).

Nessa temática, Valerio de Oliveira Mazzuoli ressalta que tanto um pacto quanto o outro surgiram com a finalidade de conferir dimensão técnico-jurídica à DUDH, tendo o pacto internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, regulamentado os artigos 1º ao 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH), ao passo que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais regulamentou os artigos 22 a 28. Conforme ainda destaca o autor, ambos compõem, hoje, o núcleo-base da estrutura normativa do sistema global de proteção dos Direitos Humanos, na medida em que “judicizaram”, sob a forma de Tratado Internacional, os Direitos Humanos previstos pela

1. CALSING, Renata de Assis; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; SANTOS, Júlio Edstron S. Fundamentos históricos, sociais e políticos dos direitos humanos fundamentais sociais. In: CALSING, Renata de Assis; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos humanos e relações sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2018. p. 22.
2. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 79.

Declaração. A partir desse momento, forma-se, então, a Carta Internacional de Direitos Humanos – International Bill of Human Rights.³

Por conseguinte, expõe Yara Maria Pereira Gurgel que “a humanidade passou a ter como arcabouço internacional a Carta Internacional de Direitos Humanos ou *International Bill of Rights*, integrada pela DUDH e pelos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos”.⁴

Nesse aspecto, assinala Carlos Weis que “os Pactos Internacionais constituem o mais abrangente catálogo de Direitos Humanos hoje existente, de aplicação universal, complementando e aprofundando muitos dos dispositivos da Declaração Universal de 1948”.⁵

Ainda:

A interpretação dos direitos expressos nos Pactos deve ser a mais ampliável possível, voltada à eficácia máxima de suas previsões. Ao vedar aos Estados ou a particulares a tomada de atitudes que objetivem limitar ou destruir os direitos assegurados, indica, a contrário senso, que a regra geral é a da maximização dos Direitos Humanos, somente sendo aceitas as limitações autorizadas pelo Tratado.⁶

De outro lado, a diferença fundamental entre os dois pactos, concorde Carlos Weis, é o que originou a edição desses dois documentos. Enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos cria a obrigação estatal de tomar as providências necessárias, inclusive de natureza legislativa, para garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, o Tratado Referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê a adoção de medidas tanto por esforço próprio quanto pela cooperação e pela assistência internacionais, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto.⁷

3. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 961.

4. GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 80.

5. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 95.

6. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 96.

7. *Ibid.*, p. 97.

Segundo Flávia Piovesan:

Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Enquanto o primeiro Pacto determina que “todos têm o direito a...” ou “ninguém poderá...”, o segundo Pacto usa a fórmula “os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...”⁸

Logo,

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de pleno pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada autoaplicabilidade –, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva.⁹

No entanto, Flávia Piovesan ensina que tanto os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais como os Direitos Civis e Políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os Direitos Civis e Políticos demandariam apenas prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A autora, com a maestria que lhe é peculiar, cita, à guisa de exemplo, o custo do aparato de segurança, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou, ainda, qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao judiciário. Verifica-se, portanto, que os Direitos Civis e Políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas que contemplem também um custo.¹⁰

Na mesma perspectiva, estatui Fábio Konder Comparato:

Os Direitos Humanos constantes de ambos os Pactos formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos Direitos Civis

-
8. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 248.
 9. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 249.
 10. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

e Políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de Direitos Humanos.¹¹

Assim, há mútua dependência entre os Direitos Humanos, sejam eles de natureza civil, política, econômica, social, sejam de natureza cultural. Isso porque o conteúdo de alguns deles vincula-se ao de outros, complementando-se os diversos Direitos Humanos e uns mostrando-se desdobramentos de outros. Pela indivisibilidade de tais direitos, busca-se promover e garantir a concretização da dignidade do ser humano. Por isso, não há distinção entre Direitos Sociais, Cíveis e Políticos, Econômicos e Culturais, visto que a realização de um direito específico depende do respeito e da promoção de outras espécies de Direitos Humanos.

De tal sorte, certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de todos os Direitos Humanos. A garantia dos Direitos Cíveis e Políticos é condição para a observância dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, e vice-versa. Noutro falar, se um direito civil é violado, os demais também serão.

Em vista disso, pode-se dizer que não há hierarquia entre os Direitos Humanos, devendo cada qual ser interpretado de forma conjunta e harmônica, pois a dignidade da pessoa humana – *alicerce dos Direitos Humanos Fundamentais* – na seara constitucional e internacional, é considerada o elemento central de todas as espécies ou dimensões de Direitos Humanos.

Portanto, não é possível conceber a ideia de que somente os direitos cíveis e políticos são suficientes para a proteção da pessoa sem levar em consideração os direitos econômicos, sociais e culturais. *Não é possível pensar em liberdade sem justiça social e em justiça social sem liberdade.*

No estágio atual da sociedade, especialmente a brasileira, para haver a expressão da dignidade humana, é inconcebível pensar em liberdade de expressão, locomoção, direito de voto e democracia sem considerar o direito à educação e ao trabalho digno. *De que adiantaria apenas estar assegurando a liberdade de expressão, o direito de voto, a igualdade entre as raças e os sexos para preservar a dignidade humana, se as pessoas não têm educação adequada e trabalho decente?*

Nesse enleio, assinala André de Carvalho Ramos que o Direito Internacional dos Direitos Humanos incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando Direitos Cíveis e Políticos, bem como os Direitos Sociais, Econômicos

11. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 351.

e Culturais,¹² haja vista que “os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formam, justamente com os Direitos Civis e Políticos, um conjunto indivisível de direitos fundamentais, entre os quais não há qualquer relação hierárquica”.¹³

Aspecto sobre o qual assinala Emerson Malheiro:

Os direitos civis e políticos apresentam a garantia de exercício imediato e a efetividade dos instrumentos que asseguram sua realização. Já os direitos econômicos, sociais e culturais têm aplicabilidade progressiva, pois dependem de regulamentação pelos Estados, que devem dispor do máximo dos recursos disponíveis (sic) para a sua realização, sendo vedado o retrocesso social.¹⁴

No viés dessa temática, elucidada José Augusto Lindgren Alves que o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos tem por pilares de sustentação três instrumentos jurídicos básicos: a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Nova York de 1966. De acordo com o autor:

Desses três instrumentos, a Declaração Universal é a pedra fundamental, uma vez que foi o primeiro instrumento internacional a estabelecer os direitos inerentes a todos os homens e mulheres, independentemente de quaisquer condições, como raça, sexo, língua, religião etc. Os dois Pactos de Nova York, por seu turno, complementam a Declaração, conferindo-lhe obrigatoriedade jurídica.¹⁵

Assim, André de Carvalho Ramos elucidada que a “Carta Internacional de Direitos Humanos” (International Bill of Rights), constituída pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e pelos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, implicou o reconhecimento de que tais Pactos não podem ser interpretados desconectados da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, haja vista que o seu objetivo é garantir sistematicidade à proteção dos Direitos Humanos internacionais.¹⁶

12. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 148.

13. MALHEIRO, Emerson. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 187.

14. *Ibid.*, p. 186.

15. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 79.

16. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 148.

Como observa o autor, “desde a adoção dos dois Pactos, a ONU tem estimulado a adoção de vários Tratados de Direitos Humanos em temas diversos, formando o chamado Sistema Global de Direitos Humanos – também chamado de Sistema Universal ou Onusiano”.¹⁷

A Carta Internacional dos Direitos Humanos, segundo Flávia Piovesan, portanto, inaugurou o sistema global de proteção de tais direitos, que veio a ser ampliado com o advento de diversos Tratados Multilaterais de Direitos Humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de Direitos Humanos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, entre outras formas específicas de violação.¹⁸

Citem-se, por exemplo, as seguintes convenções: a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outras.¹⁹

Ainda na visão de José Augusto Lindgren, os preâmbulos de ambos os pactos, com praticamente a mesma redação, seguem estreitamente a linguagem da Declaração Universal quanto à dignidade inerente a todos os membros da família humana e reconhecem que o ideal do ser humano livre pode realizar-se somente, se forem criadas condições que permitam a cada um gozar de todos os seus direitos.²⁰

Também são iguais, nos dois pactos, os seguintes dispositivos: a – artigo 1º, que assegura o direito dos povos à autodeterminação; b – artigo 3º, pelo qual os Estados se comprometem a garantir aos homens e às mulheres igualdade no gozo dos direitos de que trata o respectivo documento; c – artigo 5º, oriundo do último artigo da Declaração, que visa a salvaguardar os direitos de cada Pacto contra ato

17. *Ibid.*, p. 151.

18. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 79.

19. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

20. ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 32.

danoso resultante de interpretação distorcida, e outros direitos fundamentais decorrentes de Leis, regulamentos, convenções ou costumes, sob pretexto de que o respectivo Pacto não os consagre.²¹

Nesse desiderato, leciona Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Esses três instrumentos, em conjunto, constituem o que se convencionou chamar de “Carta Internacional dos Direitos Humanos” (*International Bill of Human Rights*); e compõem o mosaico protetivo mínimo dos Direitos Humanos contemporâneos, representando a plataforma emancipatória da proteção desses direitos em nível global.²²

Ainda acerca disso, Flávia Piovesan esclarece que os dois pactos internacionais consagram os Direitos Humanos erigidos na Declaração Universal de 1948, haja vista que, em decorrência da ausência de força jurídica vinculante da Declaração, após a sua adoção, em 1948, foi instaurada larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de garantir o reconhecimento e a observância universal dos direitos nela previstos. Para tanto, prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de Tratado Internacional para que fosse juridicamente obrigatória e vinculante no âmbito do Direito Internacional.²³

Ademais, concorde a autora, foi com esse processo de “juridicização” da Declaração, com início em 1949 e com término em 1966, pela elaboração dos dois pactos internacionais, que ambos passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois Pactos Internacionais de 1966 constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos Direitos Humanos, haja vista que ambos passaram a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração de 1948, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes.²⁴

21. *Ibid.*, p. 35.

22. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 79, nota 18.

23. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 232.

24. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 232.

Flávia Piovesan assinala que: [...] a conjugação desses instrumentos internacionais simbolizou a mais significativa expressão do movimento internacional dos Direitos Humanos, apresentando central importância para o sistema de proteção em sua globalidade.²⁵

Razão pela qual, ainda em consonância com Flávia Piovesan,

[...] todos os Estados do mundo deveriam, no mínimo, aceitar o texto da Declaração Universal de 1948 e ratificar os dois Pactos de Nova York de 1966, quando então se poderia dizer existir no planeta um patamar comum de proteção a quaisquer seres humanos.²⁶

E a autora complementa:

Tal como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o maior objetivo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Novamente, assumindo a roupagem de Tratado Internacional, o intuito desse (*sic*) Pacto foi permitir a adoção de uma linguagem de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, mediante a sistemática da *international accountability*. Isto é, como outros Tratados Internacionais, esse (*sic*) Pacto criou obrigações legais aos Estados-partes, ensejando responsabilização internacional em caso de violação dos direitos que enuncia.²⁷

Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) quanto os pactos internacionais de Direitos Humanos de 1966, em especial o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promoveram uma nova dimensão ao Direito Internacional do Trabalho, tendo em vista que, conforme ressalta Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Depois da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e da conclusão do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966 (que entrou em vigor internacional em 1976, quando

25. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 232.

26. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79.

27. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 248.

totalizou 35 ratificações), o Direito Internacional do Trabalho passou a ampliar sobremaneira as suas fronteiras, tomando uma dimensão muito maior do que aquela existente ao tempo da criação da Organização Internacional do Trabalho no início do século XX.²⁸

De acordo com Valerio de Oliveira Mazzuoli, a abertura e o novo dimensionamento do Direito Internacional do Trabalho, depois da proclamação e da entrada em vigor de tais normas internacionais, acabaram influenciando também os Direitos Internos de diversos países a, cada vez mais, preocuparem-se com a normativa interna de proteção dos trabalhadores. Por isso, depois da segunda metade do século XX, o impacto jurídico que o Direito Internacional do Trabalho teve no plano do Direito Interno dos Estados foi muito maior do que o experimentado antes de tal período. O autor ainda destaca que, após a Declaração Universal de 1948 e da entrada em vigor do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, as normas internas de proteção ao trabalho e ao trabalhador passaram a amoldarem-se, cada vez mais, às obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁹

1.1. *Os direitos sociais dos trabalhadores no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966*

O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos foi adotado e aberto à assinatura, à ratificação e à adesão pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Ambos os Pactos entraram em vigor em 23 de março de 1976.

No Brasil, o referido Pacto foi ratificado em 24 de janeiro de 1992, e o seu texto aprovado pelo Decreto Legislativo 226 de 12 de dezembro de 1991, tendo sido promulgado internamente pelo Decreto 592 de 06 de julho de 1992, após o depósito do instrumento de ratificação brasileiro junto ao secretário das Nações Unidas em 24 de janeiro do mesmo ano.

Logo em seu preâmbulo, preceitua o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966, *in verbis*:

28. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1111.

29. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1111.

Os Estados-partes do presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e pela observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto,

Acordam o seguinte:

[...]

Segundo José Augusto Lindgren Alves, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 é um tratado que confere o caráter de obrigação legal internacional para os Estados-partes de proteção aos Direitos Humanos chamados de “primeira geração”. Tais direitos são aqueles que, historicamente, foram reconhecidos mais cedo como Direitos Humanos pelos filósofos do Iluminismo e nas declarações norte-americanas de 1776 e francesa de 1789.

Os direitos civis e políticos são exercidos em relação ao Estado e aos seus agentes, que têm obrigação de proteger a pessoa contra os abusos de outra pessoa ou do próprio poder público. Originalmente, no plano político, eram direitos que objetivavam representar o individualismo liberal dos séculos XVII e XVIII e libertar todos do absolutismo monárquico. A primeira geração, por isso, identifica-se com: o direito à liberdade individual; o direito à vida, à segurança, à igualdade de tratamento perante a Lei; o direito de propriedade; o direito de ir e vir; o direito à liberdade de culto, crença, associação e reunião pacífica e participação política, entre outros.

Assim, elucida José Augusto Lindgren Alves:

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos descreve, aprofundada, modifica e amplia o conjunto de direitos do indivíduo consagrados na

Declaração Universal. Configurando mais do que uma reiteração declaratória de tais direitos, os Estados que o ratificam assumem o compromisso formal de respeitá-los e (sic) garanti-los “a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição” sem qualquer tipo de discriminação, por meio de medidas legislativas ou de outra natureza, assegurando recursos compensatórios efetivos às pessoas que tenham tido seus direitos violados, ainda que as violações decorram de atos praticados por pessoas investidas de funções oficiais.³⁰

Em tal contexto, afirma Ricardo Castilho que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 trouxe, em seu bojo, um acréscimo do número de direitos desta espécie em relação à Declaração Universal, de modo que o dito instrumento não representou apenas a juridicização dos direitos de primeira dimensão, mas também substancial consolidação de suas garantias.³¹

Esse tratado internacional, portanto, nas palavras de Carlos Weis, “cuida dos Direitos Humanos relacionados à liberdade individual, à proteção da pessoa contra a ingerência estatal em sua órbita privada, bem como à participação popular na gestão da sociedade. São os clamados Direitos Humanos liberais ou liberdades públicas”.³²

O Tratado Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 consagra os seguintes Direitos Humanos dos trabalhadores: a) a não discriminação; b) a proibição de escravidão, de servidão e de trabalhos forçados; c) o direito à liberdade sindical e o de fundar sindicatos. Assim, em relação aos Direitos Humanos dos trabalhadores previstos nesse pacto, destacam-se os artigos 2º, 8º, 22, 26 e 27.

O direito a não discriminação encontra-se, a um só tempo, nos artigos 2º, item 1; 26 e 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

Quanto ao referido direito, o artigo 2º, item 1, desse pacto assegura que os Estados-partes se comprometem a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no mesmo sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

30. ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 35.

31. CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 145.

32. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 98.

No viés dessa temática, o artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 também preceitua que todas as pessoas são iguais perante a Lei e que todas têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. Em razão disso, a Lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação.

Ainda sobre o direito de não discriminação, o artigo 27 do pacto prevê que, nos Estados onde haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e de praticar sua própria religião e de usar sua própria língua.

Sobre a proibição de escravidão, de servidão e de trabalhos forçados, reza o artigo 8º do Pacto, *in verbis*:

Artigo 8º.

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.
2. Ninguém poderá ser submetido à servidão.
3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios;
- b) A alínea a) do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e (sic) trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados imposta por um tribunal competente;
- c) Para os efeitos do presente parágrafo, não serão considerados “trabalhos forçados ou obrigatórios”:
 - i) qualquer trabalho ou serviço, não previsto na alínea b) normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial ou que, tendo sido objeto de tal decisão, ache-se em liberdade condicional;
 - ii) qualquer serviço de caráter militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei venha a exigir daqueles que se oponham ao serviço militar por motivo de consciência;
 - iii) qualquer serviço exigido em casos de emergência ou de calamidade que ameacem o bem-estar da comunidade;
 - iv) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

O direito à liberdade sindical e o de fundar sindicatos está previsto no artigo 22 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 com a seguinte redação, *in verbis*:

Artigo 22.

1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das Forças Armadas e da Polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados-partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam ou aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

1.2. *Os direitos sociais dos trabalhadores no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966*

O Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado e aberto para assinatura, ratificação e adesão pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, em conjunto com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tendo iniciada a sua vigência em 03 de janeiro de 1976.

No Brasil, o Pacto Internacional foi ratificado em 24 de janeiro de 1992, tendo sido aprovado pelo Decreto Legislativo 226 de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto 591/1992.

Configurando-se como um Tratado Multilateral, Leilane Serratine Grubba assinala que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais objetiva “o comprometimento dos Estados-partes à (*sic*) concessão de direitos econômicos, sociais e culturais para pessoas físicas, incluindo-se o direito à saúde, à educação, a um padrão de vida adequado, à segurança social, à vida em família, bem como direitos trabalhistas”.³³

As disposições constantes do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 são normas de caráter programático, por meio das

33. GRUBBA, Leilane Serratine. *Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das nações unidas*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 80.

quais os Estados se comprometem a adotar medidas destinadas a proteger os direitos econômicos, sociais e culturais mencionados no Tratado. Por isso, esse pacto internacional tem por objetivos superar a inércia estatal e conferir aplicabilidade progressiva aos direitos previstos, mediante a imposição do dever de assegurá-los aos Estados-partes.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece, portanto, a obrigação dos Estados em reconhecer e em, progressivamente, implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis. Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais como também a proibição da inação ou da omissão estatal.

Conforme Flávia Piovesan,

[...] o dever de obediência do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear dos direitos humanos, demandando absoluta urgência e prioridade.³⁴

No pacto em foco, para Fábio Konder Comparato, “o elemento comum ao conjunto dos direitos nele declarados é a proteção das classes ou grupos sociais desfavoráveis contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa”.³⁵

Ademais:

Por serem exigências de superação da inércia estatal, ou formas de se evitar o desvio da ação dos Poderes Públicos em favor das classes sociais ricas e poderosas, os direitos declarados no presente Pacto têm por objeto políticas públicas ou programas de ação governamental; e políticas públicas coordenadas entre si. A elevação do nível de vida e da qualidade de vida das populações carentes supõe, no mínimo, um programa conjugado de medidas governamentais no campo do trabalho, da saúde, da previdência social, da educação e da habitação popular.³⁶

Nesse enleio, verifica-se a defesa contra a oligarquia política e a luta contra a dominação de classe. Em razão disso, a posição do Estado, como sujeito passivo

34. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 181.

35. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 350.

36. *Ibid.*, p. 351.

da relação jurídica, passa de um polo a outro. Para a fruição das liberdades civis, o que se exige é a abstenção estatal, ou seja, as violações de direitos ocorrem por interferências abusivas do poder público na vida privada e no exercício dos direitos políticos. Ao passo que, quanto ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, contrariamente, a antijuridicidade consiste na inércia estatal, isto é, na negligência ou na recusa dos órgãos públicos em limitar ou em controlar o poder econômico privado.³⁷

De acordo com José Augusto Lindgren Alves, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi o primeiro e único instrumento jurídico de abrangência genérica e de escopo mundial a conferir obrigatoriedade à promoção e à proteção dos Direitos Humanos de segunda geração.

Reconhecidos como fundamentais apenas intuitivamente pelo Iluminismo e consagrados como direitos pela primeira vez na Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a exemplo de seu homólogo sobre Direitos Civis e Políticos, descreve, aprofunda e amplia os direitos da pessoa humana como ser social, estabelecidos nos artigos 23 a 27 da Declaração de 1948.³⁸

Assim, verifica-se:

Diferentemente, porém, do que se passa com os direitos civis e políticos, cuja implementação se torna obrigação imediata, sem condicionantes, para os Estados-partes, em favor de todos os indivíduos que se encontrem em sua jurisdição, pelo Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados que o ratificam assumem o compromisso de assegurar, progressivamente, até o máximo de seus recursos disponíveis, com esforços próprios ou com cooperação internacional, o pleno exercício, sem discriminações, dos direitos nele reconhecidos, podendo os países em desenvolvimento determinar em que medida garantirão os direitos econômicos.³⁹

Sob tal perspectiva, diz o artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, *in verbis*:

37. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 350.

38. ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 37.

39. *Ibid.*, p. 38.

Artigo 2º.

1. Os Estados-partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados-partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, por sua vez, enuncia o compromisso assumido pelo Estado em conferir efetividade a tais direitos, haja vista que estabelece a obrigação de ele adotar medidas com o fim de assegurar, progressivamente, o pleno exercício de tais direitos. Por assim ser, o referido pacto assegura a realização progressiva dos direitos sociais, dispondo constituir dever de os Estados preverem e proverem o máximo dos recursos disponíveis para a sua efetivação, incluindo a obrigatoriedade de sua promoção, bem como a proibição de retrocesso social. Nesse sentido, os Direitos Humanos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são obrigatórios, sendo que, após a sua implementação, encontram-se protegidos.

É preciso destacar, ainda, à luz dos pensamentos de Renata de Assis Calsing, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Júlio Edstron S. Santos que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 influenciou sobremaneira a construção da Constituição Federal de 1988, pois ela positivou vários direitos fundamentais sociais já estavam previstos pelo Pacto.

Também segundo os autores, o referido pacto influenciou a jurisprudência dominante do Superior Tribunal Federal (STF), tendo em vista que ele passou a ter hierarquia supralegal, podendo ser utilizado em situações judiciais para a resolução de casos concretos. Logo, esse pacto deve ser considerado um importante propulsor dos direitos fundamentais sociais no Brasil.⁴⁰

O respeito aos Direitos Humanos representa um princípio comum a todos os povos civilizados. Os mesmos visam ao direito de todos a uma vida digna e ao bem-estar social. Por isso, possuem importância ímpar para a história do direito, haja vista que concretizam os direitos inerentes à condição humana. Por assim ser, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, enquanto dimensões dos direitos humanos, segundo Flávia Piovesan:

Não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e os instrumentos protetivos da OIT.⁴¹

No tocante aos Direitos Humanos dos trabalhadores previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, destacam-se os artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12.

O artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 assegura que todo ser humano tem direito ao trabalho, livremente escolhido ou aceito, do seguinte modo, *in verbis*:

Artigo 6º.

1. Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado-parte do presente Pacto tomará, a fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão incluir a orientação e a formação

40. CALSING, Renata de Assis; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; SANTOS, Júlio Edstron S. Fundamentos históricos, sociais e políticos dos direitos humanos fundamentais sociais. In: CALSING, Renata de Assis; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos humanos e relações sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2018. p. 23.

41. PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos sociais: influência no mundo do trabalho, hermenêutica e fortalecimento na efetivação de direitos no plano jurídico interno. In: OLIVERIA, Christiana D'arc Damasceno (Org.). *Direito do trabalho em movimento: novos direitos e diversificação de tutelas*. V. I. São Paulo: LTr, 2017. p. 309.

técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

O artigo 7º preceitua que os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, além de equitativas, seguras e higiênicas de trabalho, capazes de assegurar existência decente ao trabalhador e à sua família, bem como ao repouso, ao lazer e às férias remuneradas, *in verbis*:

Artigo 7º.

Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
 - i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;
 - ii) Uma existência decente para eles e para suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
- b) A segurança e a higiene no trabalho;
- c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;
- d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

Além do direito ao trabalho e ao gozo de condições de trabalho justas e favoráveis, o artigo 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 garante o direito à liberdade sindical.

Por assim ser, o artigo 8º estabelece que os Estados-partes do presente pacto se comprometem a garantir o direito de toda pessoa de fundar com outros sindicatos e de se filiar ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com os objetivos de promover e de proteger os seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em Lei, que sejam necessárias em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias.

Ainda pelo artigo 8º do presente pacto, os Estados-partes se comprometem a garantir o direito dos sindicatos de formarem federações ou confederações nacionais e o direito destas de formarem organizações sindicais internacionais ou de se filiarem às mesmas. Este artigo ainda assegura o direito de greve, desde que exercido em conformidade com as Leis de cada país, bem como o direito dos sindicatos de exercerem livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em Lei, que sejam necessárias em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Também cabe registrar que o artigo 8º do presente pacto não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das Forças Armadas, da política ou da administração pública. E, ainda, nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam ou a aplicar a Lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

Ademais, no tocante aos Direitos Humanos dos trabalhadores contidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, tem-se o artigo 9º que reconhece o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social, *in verbis*: “Artigo 9º.

Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.”

Nessa toada, pelo artigo 10, os Estados se comprometem a proporcionar as mais amplas proteção e assistência à família, em especial às mães nos períodos pré e pós-natais. Assegura ainda o direito à vida familiar, além da adoção de medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes. Desse modo, este artigo determina que os Estados também devem estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por Lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil, *in verbis*:

Artigo 10.

Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e pela educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e de adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal será punido por lei.

Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

Há, ainda, que se mencionar os artigos 11 e 12 do presente pacto, que asseguram o direito a um padrão de vida adequado para si e para a sua família, assim como o direito à saúde física e mental, *in verbis*:

Artigo 11.

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito, reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

2. Os Estados-partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adotarão, individualmente e por meio da cooperação internacional, as medidas necessárias, incluindo programas concretos:

a) Para melhorar os métodos de produção, de conservação e de distribuição dos produtos alimentares pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo desenvolvimento ou pela reforma dos regimes agrários, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais;

b) Para assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem tanto aos países importadores como aos países exportadores de produtos alimentares.

Artigo 12.

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de se atingir.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto tomarem com vistas a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança;
- b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;
- c) A profilaxia, o tratamento e o controle das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras;
- d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.

CONCLUSÃO

Os pactos internacionais de Direitos Humanos de 1966 são instrumentos universais que contribuíram para a proteção dos direitos sociais dos trabalhadores em sua dimensão mundial e, ao mesmo tempo, para o processo de amadurecimento e de consolidação do Direito Internacional do Trabalho ao longo da história.

Em vista disso, pode-se dizer que não há hierarquia entre os Direitos Humanos, devendo cada qual ser interpretado de forma conjunta e harmônica, pois a dignidade da pessoa humana – *alicerce dos Direitos Humanos Fundamentais* – na esfera constitucional e internacional, é considerada o elemento central de todas as espécies ou dimensões de Direitos Humanos.

O Tratado Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 consagra os seguintes Direitos Humanos dos trabalhadores: a) a não discriminação; b) a proibição de escravidão, de servidão e de trabalhos forçados; c) o direito à liberdade sindical e o de fundar sindicatos. Assim, em relação aos Direitos Humanos dos trabalhadores previstos nesse pacto, destacam-se os artigos 2º, 8º, 22, 26 e 27.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, por sua vez, enuncia o compromisso assumido pelo Estado em conferir efetividade a tais direitos, haja vista que estabelece a obrigação de o mesmo adotar medidas com o fim de assegurar, progressivamente, o pleno exercício de tais direitos.

Portanto, não é possível conceber a ideia de que somente os direitos civis e políticos são suficientes para a proteção da pessoa sem levar em consideração os direitos econômicos, sociais e culturais. *Não é possível pensar em liberdade sem justiça social e em justiça social sem liberdade.*

No estágio atual da sociedade, especialmente a brasileira, para haver a expressão da dignidade humana, é inconcebível pensar em liberdade de expressão, locomoção, direito de voto e democracia sem considerar o direito à educação e ao trabalho digno. *De que adiantaria apenas estar assegurando a liberdade de expressão, o direito de voto, a igualdade entre as raças e os sexos para preservar a dignidade humana, se as pessoas não têm educação adequada e trabalho decente?*

O respeito aos Direitos Humanos figura um princípio axilar ou basilar comum aos povos civilizados. Os mesmos visam ao direito de todos a uma vida digna e ao bem-estar social. Logo, estes possuem importância ímpar para a história do Direito, tendo-se em vista que *concretizam* os direitos inerentes à condição humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- CALSING, Renata de Assis; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; SANTOS, Júlio Edstron S. Fundamentos históricos, sociais e políticos dos direitos humanos fundamentais sociais. In: CALSING, Renata de Assis; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos humanos e relações sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2018.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- GRUBBA, Leilane Serratine. *Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das nações unidas*. Curitiba: Prismas, 2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MALHEIRO, Emerson. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos sociais: influência no mundo do trabalho, hermenêutica e fortalecimento na efetivação de direitos no plano jurídico interno. In: OLIVERIA, Christiana D´arc Damasceno (Org.). *Direito do trabalho em movimento: novos direitos e diversificação de tutelas*. V. I. São Paulo: LTr, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos: aplicabilidade e efetivação da constituição da organização internacional do trabalho – OIT (1919) e da Declaração de Filadélfia (1944), de Rúbia Zanotelli De Alvarenga – *RDT* 187/199-217 (DTR\2018\10315).

SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR E "NOVAS" RELAÇÕES DE TRABALHO

OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY AND "NEW" WORKING RELATIONSHIPS

RICARDO JAHN

Mestrando em Direito pela UNESC. Gestor Auxiliar Nacional do Programa Trabalho Seguro do TST (2017). Gestor Regional do Programa Trabalho Seguro do TRT12 (2014-2018). Juiz do Trabalho Substituto do TRT12.
ricardo.jahn@trt12.jus.br

GUSTAVO BORGES

Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UFRGS. Professor da graduação e da pós-graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC).
gustavoborges@hotmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Trabalho; Constitucional

RESUMO: Desde os tempos mais remotos, as pessoas mantiveram estreita relação com o meio ambiente, do qual depende a sua sobrevivência por meio do trabalho que realizam. No Brasil, apesar de uma extensa e avançada legislação ambiental, inclusive relativa ao meio ambiente de trabalho, os números de acidentes de trabalho são preocupantes. Considerando os dados de acidentes de trabalho existentes na atualidade e da possibilidade de agravamento diante das "novas" relações de trabalho da atual sociedade industrial, de risco e líquida, é fundamental que se construa uma cultura, em todas as esferas sociais, voltada à prevenção dos riscos ambientais no trabalho e consequente redução da litigiosidade social. Assim, é necessário a readequação das posturas de todos atores sociais diante dessa realidade, para dar concretude aos preceitos constitucionais relativos à finalidade

ABSTRACT: Since the earliest times, people have maintained a close relationship with the environment, on which their survival depends on the work they do. In Brazil, despite extensive and advanced environmental legislation, including regarding the work environment, the numbers of occupational accidents are worrisome. Considering the current work-related accident data and the possibility of aggravation in the face of the "new" industrial relations, risk and liquid industrial relations, it is fundamental to build a culture, in all social spheres, aimed at prevention of environmental risks at work and consequent reduction of social litigation. Thus, it is necessary to readjust the positions of all social actors in the face of this reality, in order to concretize the constitutional precepts regarding the purpose of work, the construction of a safe and healthy working environment, the preservation of the

do trabalho, construção de um meio ambiente laboral seguro e saudável, preservação da dignidade do trabalhador e diminuição dos conflitos sociais. O método de pesquisa é histórico e bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente do trabalho – Saúde e segurança do trabalhador – Acidentes de trabalho – “Novas” relações de trabalho.

dignity of the worker and the reduction of social conflicts. The research method is historical and bibliographic.

KEYWORDS: Work environment – Occupational health and safety – Accidents at work – “New” working relationships.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contornos característicos do meio ambiente. 1.1. O trabalho e a relação das pessoas com o meio ambiente. 1.2. A organização do trabalho e o meio ambiente do trabalho. 2. A organização do trabalho e os danos aos trabalhadores. 2.1. A saúde dos trabalhadores e os acidentes de trabalho. 2.2. “Novas” relações de trabalho e a prevenção de danos à saúde do trabalhador. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, a discussão sobre a preservação do meio ambiente, para a presente e as futuras gerações é acentuada, principalmente se levarmos em conta a globalização e o modo de produção industrial (em escala, massivo, intenso e tenso) e de risco, situação que pode provocar danos de enormes e irreversíveis proporções, seja às pessoas (os trabalhadores), ao meio ambiente e a própria organização do trabalho.

Nesse sentido, conhecer a realidade acidentária é fundamental para uma mudança de comportamento dos atores sociais. A realidade acidentária é preocupante no Brasil, pois, nos últimos anos, na média dos dados, ocorreram mais de 700.000 acidentes/doenças ocupacionais; mais de 80 acidentes e doenças de trabalho a cada uma hora de jornada diária; cerca de uma morte a cada três horas; cerca de 49 trabalhadores/dia que não retornaram ao trabalho devido a invalidez permanente ou óbito (dados do Ministério da Previdência Social). Tal situação impacta, de modo extremamente gravoso, sob o aspecto social, o trabalhador, sua família etc. e, sob o aspecto econômico, as empresas, instituições e governos.

O mundo capitalista e globalizado tem seu foco voltado para ampliar a evolução científica e tecnológica de modo a aumentar a produção e lucratividade em escalas cada vez maiores, descuidando-se, contudo, da proteção do meio ambiente e, mais especificamente, nas relações de trabalho, com a saúde e segurança dos trabalhadores.

Tal opção, que privilegia o lado econômico das relações em detrimento do lado social, está em desacordo com os dispositivos constitucionais e legais que regulam a matéria, ensejando uma resposta no que se refere à proteção do meio

ambiente e a saúde do trabalhador, considerando as “novas” relações de trabalho. Acompanhando essa evolução, a responsabilidade pelos danos ambientais e os métodos de prevenção/precaução também sofreram evolução, pois devem e podem ser acionados para conter eventuais danos/prejuízos presentes ou futuros.

Assim, busca-se responder aos seguintes questionamentos: quais são as principais características do meio ambiente? Como se estabelece a relação entre as pessoas e o meio ambiente do trabalho? Como está estruturada a organização do trabalho? Qual a relação entre a preservação da saúde dos trabalhadores e os acidentes do trabalho? Como devem ser visualizadas as novas relações de trabalho sob o enfoque da prevenção de danos causados à saúde do trabalhador?

Diante da atual realidade laboral, pretende-se, com o presente trabalho, uma breve reflexão sobre a organização do trabalho, acidentes de trabalho e a saúde do trabalhador. Com isso, objetiva-se propor sugestões para mudanças comportamentais por parte dos atores sociais e demais órgãos responsáveis, situação que permitirá, em parte, dar concretude aos preceitos constitucionais acerca da finalidade do trabalho, da construção de um meio ambiente laboral seguro e saudável, preservação da dignidade do trabalhador e diminuição da litigiosidade.

1. CONTORNOS CARACTERÍSTICOS DO MEIO AMBIENTE

1.1. *O trabalho e a relação das pessoas com o meio ambiente*

Desde os primórdios, as pessoas sempre mantiveram uma relação direta e próxima com o ambiente que as cerca, principalmente no que se refere a questões relativas ao trabalho e sua forma de execução, pois delas dependia a sua sobrevivência. No início, o homem tinha por finalidade a fruição e exploração do que a natureza tinha para oferecer, isto é, dos recursos naturais. Essa relação sofreu modificações e interações, mas sempre teve como objetivo a satisfação das suas necessidades (alimentação, vestuário, proteção, energia, bem-estar etc.), alcançando e afetando os diversos meios ambientes (naturais, artificiais, culturais, de trabalho etc.).

No entanto, nem sempre só os fins almejados pela atividade humana acabam por ocorrer. Também ocorrem situações imprevistas, cujos efeitos afetarão o próprio autor, os que estão no seu círculo de abrangência e o meio ambiente em geral. Por isso, nos últimos tempos, veio à tona a discussão sobre a sustentabilidade social, de modo que passou a ser imprescindível uma correta avaliação dos reflexos concretos que essa ação pode ter como efeitos pretendidos e também os efeitos reflexos. Rubio e Frutos (2013, p. 79) discorrem sobre o tema com propriedade:

La actividad humana no sólo persigue diversos fines internamente queridos, sino que produce consecuencias no previstas o inesperadas. Los efectos reales de nuestras acciones en el mundo, quando empiezan a ser conocidos y previstos obligam a una revisión de la própria atividade humana en el mundo: surge la pregunta por la condiciones de posibilidad que sostienen la acción humana, y cómo una acción humana razonable tiene que asumir la “condiciones externas” de la acción humana, no sólo tiene preguntarse y decidir los fines que perseguirá y los medios que empleará sino que tien de hacerse viable o sostenible en el conjunto de la realidade para actuar e poder seguir actuando en el futuro.

O texto apresentado refere-se às relações em geral do homem com o meio ambiente. Contudo, tal reflexão pode ser perfeitamente incorporada nas relações de trabalho, porquanto esta é uma espécie daquela, que leva em conta o meio ambiente laboral, bem como os reflexos sociais e econômicos de tal atividade humana.

Diante dessa realidade, que também afeta as relações laborais, a Constituição Federal de 1988 normatizou uma ampla proteção ao trabalhador, nas questões relativas à finalidade do trabalho, do meio ambiente laboral e da saúde e segurança nas atividades laborais¹.

Contudo, a normatização sobre os temas é ampla, incluindo normas de caráter internacional, infraconstitucional e infralegal. Considerando a atual normatização sobre o trabalho e o trabalhador, uma correta reflexão acerca do meio ambiente deve incluir necessariamente a sua conjugação com a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, em um meio ambiente equilibrado, valorizando-se a proteção e o bem-estar individual e coletivo. Sua proteção e preservação deve ser incessante, uma vez que se trata de direitos humanos e dela dependem a estabilização das relações sociais e a continuidade da espécie humana (vida).

-
1. Na Constituição Federal, o art. 1º arrola o trabalho como fundamento de nossa República, o que demonstra sua importância para a nação, como valor social e econômico; no art. 3º, consta que os objetivos da nação são construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos sem preconceitos ou outras formas de discriminação; no art. 6º, registra que o trabalho é um direito social; no art. 170 estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e, tem por fim, assegurar a existência digna de todas as pessoas; no art. 7º, elenca diversos direitos dos trabalhadores, com ênfase ao inciso XXII, que assegura o direito redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio normas de saúde, higiene e segurança.

Em relação ao meio ambiente, de regra, os autores classificam os direitos relativos a ele, como um direito humano de terceira dimensão. Para Wolkmer², em que pese outros autores utilizarem a expressão “gerações”, “eras”, “fases”, a melhor definição da expressão é “dimensão”. Desse modo classifica em cinco dimensões os direitos humanos.

Considera direitos de “primeira dimensão” os civis e políticos, pois se trata de direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, e à resistência às diversas formas de opressão. São direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, oponíveis frente a atuação do Estado, tendo especificidade de “direitos negativos” (WOLKMER, 2016, p. 24).

Classifica como direitos de “segunda dimensão” os que dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, fundados nos princípios da igualdade e com um alcance positivo, pois não são contra o estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos indivíduos por parte do poder público (2016, p. 24-25).

Os direitos de “terceira dimensão” são os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade e direito ao desenvolvimento. A nota característica desses “novos direitos” é a de que seu titular não é mais o homem individual, mas diz respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas, não enquadradas nem no público nem no privado, mas como uma abertura holística da coletividade humana para com a natureza (uma nova “cosmovisão”, que integra seres humanos com “entes vivos”). Enquadram-se aqui o direito ambiental, direito do consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso (p. 24-25 e 29);

São direitos de “quarta dimensão” os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação a engenharia genética. Trata-se de direitos específicos que tem vinculação com a vida humana, como reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (clonagem), contracepção e outros (2016, p. 29).

Por fim, considera direitos de “quinta dimensão” os “novos” direitos advindo da sociedade e das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da

-
2. Que também é defensor ferrenho do pluralismo jurídico, ao analisar os direitos humanos/fundamentais, faz uma digressão de cunho histórico-didático da moderna concepção desses direitos, registrando o fenômeno dos “novos direitos”, que leva em conta o seu conteúdo, contextualização de época, importância e fontes legais institucionalizadas (2016, p. 22-23).

realidade virtual em geral (2016, p. 31). Esclarece, contudo, que os chamados “novos” direitos nem sempre são inteiramente “novos”. Às vezes o “novo” é o modo de obter o direito que não passa mais pelas vias tradicionais – legislativa, jurisdicional –, mas provêm de um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidas pelo Estado ou pela ordem pública constituída. Para ele, o processo histórico de criação ininterrupta dos “novos” direitos fundamenta-se na afirmação permanente de necessidades humanas específicas. Na legitimação de ação das novas sociabilidades e na sua inter-relação com a natureza, capazes de implementar práticas emergentes e diversificadas de relação entre os indivíduos (2016, p. 37-38).

Leite, Ayala e Silveira (2016, p. 224-225), seguindo a mesma linha de Wolkmer, alertam que, já no passado, o Direito Ambiental expunha um caráter de crescente afirmação dos chamados novos direitos, com ênfase para uma dimensão ecológica dos direitos fundamentais. Argumentam que a Constituição Brasileira de 1988 foi a primeira a versar deliberadamente sobre o meio ambiente, dispondo de um capítulo dedicado ao tema e que viria a se tornar o núcleo normativo do Direito Ambiental Brasileiro. Para eles, esse núcleo tem duas disposições principais, no sentido de que incumbe ao Poder Público não só o dever de proteção ambiental, mas também impõe limites a sua atuação em sentido oposto. Nesse sentido, o Poder Executivo e Legislativo devem estar atentos e respeitar o disposto na constituição e aos princípios dela decorrentes, tais como o mínimo existencial e a proibição do retrocesso. E o Poder Judiciário, diante da complexidade e interdisciplinaridade das questões ambientais, deve ficar atento para a correta solução dos conflitos, que vai além do direito tradicional (2016, p. 237). Segundo Melo (2013, p. 35), o Brasil tem uma a legislação ambiental das mais avançadas no mundo, com a incidência de normas internacionais, disposições constitucionais, legais e infralegais. O conceito de meio ambiente encontra-se na Lei 6.938/81, em seu art. 3º, inciso I³. Também a definição prevista na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente é ampla, uma vez que o legislador optou por um conceito aberto a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma legal, o qual está em plena harmonia com a Constituição Federal que, no *caput* do art. 225⁴, busca tutelar todos os aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho).

3. É o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.
4. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Para o referido autor, os objetivos da tutela ambiental, constante na Carta Maior, são dois: imediato (a qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos) e mediato (a saúde, segurança e bem estar do cidadão, expresso nos conceitos de vida em todas as suas formas (Lei 6.938/81, art. 3º, I) e a qualidade de vida (*caput* do art. 225, CF/88). Classifica, seguindo a doutrina em geral, o meio ambiente em quatro aspectos: meio ambiente natural; meio ambiente artificial; meio ambiente cultural; e meio ambiente do trabalho (2013, p. 27).

O meio ambiente natural ou físico é constituído de solo, água, flora e fauna, representando o equilíbrio dinâmico entre os seres vivos na terra e o meio em que vivem (CF, art. 225, § 1º, inc. I e VII). Nos termos constitucionais e legais, incumbe ao poder público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e promover o manejo das espécies e ecossistemas, preservando a fauna e a flora, evitando práticas que coloquem em risco a função ecológica e possam provocar a extinção de espécies ou submissão de animais à crueldade.

O meio ambiente artificial é o espaço urbano habitável, constituído pelo conjunto de edificações, ligado ao conceito de cidade (não exclui os espaços rurais artificiais criados pelo homem). Diz respeito aos espaços fechados e equipamentos públicos, sendo seu principal valor a sadia qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana. Constituição Federal: art. 5º, XXIII (*a propriedade atenderá a sua função social*); art. 21, XX (*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*); art. 182 (*A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*); e art. 225 (*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*).

O meio ambiente cultural diz respeito à história, formação e cultura de um povo. Embora artificial, como sendo obra do homem, difere do anterior, que é cultural, tendo assim um sentido especial. A principal disposição normativa constitucional acerca do tema está no art. 216 da CF/1988⁵.

-
5. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos

O meio ambiente do trabalho é:

o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remunerados ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentam (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas ou servidores públicos, autônomos, etc.).

Registra-se que, apesar das subdivisões, denominações e classificações, o meio ambiente constitui um todo indivisível, considerado um direito humano/fundamental, pois diz relação direta com o homem, seu modo de vida e sobrevivência.

Em relação aos princípios estruturantes, Leite, Ayala e Silveira referem que a doutrina vem apontando os seguintes princípios do Direito Ambiental: princípio da precaução; princípio da prevenção; princípio da responsabilização; princípio do poluidor-pagador; princípio da participação; princípio da cidadania; princípio da democracia; princípio da informação; princípio da proibição do retrocesso ecológico; princípio do mínimo existencial ecológico; e princípio do *in dubio pro natura*. Complementam no sentido de que a solidariedade acaba inserida de forma transversal em cada um deles (2016, p. 238).

Os referidos princípios de proteção ao meio ambiente visam sua preservação, de modo a evitar-se o dano ambiental e social, isto é, a ofensa aos direitos humanos. No entanto, caso ocorrer o dano, impositiva sua responsabilização, situação para a qual devem ser responsabilizados os causadores, levando-se em conta a complexidade da questão. Carvalho (2007, p. 63-65), comentando o tema, entende que na atualidade é necessário traçar um paralelo entre a evolução social e a teoria da imputação. Esse paralelo, entre a sociedade contemporânea e a atribuição de responsabilidade civil, deve ser o ponto de partida para a descrição da maneira pela qual os riscos e danos ecológicos são assimilados pelo direito ambiental. Para ele, com a mudança da sociedade industrial para a sociedade do risco, a qual incorporou a produção industrial massificada e também as novas tecnologias, as novas situações de dano não podem ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. Afirma que a responsabilidade objetiva despontou como espécie de responsabilidade civil cuja incidência prescinde da comprovação de

urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

culpa, seja nos casos previstos em lei, seja nos casos em que a atividade realizada pelo agente produz os riscos. A teoria do risco pode ser sintetizada assim: “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independente ter ou não agido com culpa”. Atribui a responsabilização civil sem culpa (objetiva), porém necessita de comprovação de: 1) uma conduta (ação ou omissão); 2) dano atual e certo; 3) nexo causal.

Registra que a passagem da Teoria do Risco (concreto) para uma Teoria do Risco abstrato (proveniente das teorias sociais de autores tais como Niklas Luhmann, Reffaele De Giorgi e Ulrich Beck) decorre da própria mutação da sociedade, ou seja, da transição de uma Sociedade Industrial para uma Sociedade de Risco, na qual as indústrias química e atômica demarcam uma produção de riscos globais, invisíveis e de consequências ambientais imprevisíveis. Enquanto os riscos da Sociedade Industrial são concretos (fumo, trânsito, utilização industrial de máquinas de corte etc.), os riscos inerentes à Sociedade de Risco são demarcados pela invisibilidade, globalidade e imprevisibilidade (2007, p. 65).

Entende que o direito deve acompanhar as mutações estruturais dessa transição (sociedade industrial para a sociedade do risco) defendendo a Teoria do Risco Abstrato para a responsabilização por danos ambientais. Assim, à responsabilidade civil objetiva (concreta) por danos ambientais, acresce-se a responsabilidade civil sem dano (Teoria do Risco Abstrato), como resposta do Direito Ambiental às novas formas de risco produzidas na sociedade atual, de forma a evitar situações de riscos e evitar ocorrência de degradações ambientais (dano ambiental futuro) (2007, p. 68-69). Ainda, para CARVALHO (2007, p. 81), a aplicação da responsabilidade civil sem dano (atual e concreto) em matéria de tutela ambiental estaria compreendida naqueles casos em que um determinado risco ambiental consistiria em ilícito civil por produzir um custo social intolerável em virtude de seu potencial transtemporal e difuso. Em outras palavras, sempre que houvesse ou a ocorrência de um dano (art. 14, § 1º, Lei 6.938/81) ou a produção de riscos ambientais (arts. 225 da CF/88 e 187 da Lei 10.406/2002) estar-se-ia diante de um ilícito passível de responsabilização civil.

Assim, pode-se concluir que a interação do homem com o meio ambiente existe desde os tempos remotos e que a proteção ao meio ambiente é fundamental para a própria sobrevivência do homem. O Brasil tem uma legislação ambiental considerada das mais avançadas no mundo, enquadrada como direito humano/fundamental. Considerando a evolução da sociedade atual e os princípios relativos a proteção do meio ambiente, é necessário que a normatização produza efeitos práticos junto à sociedade de modo a proteger o meio ambiente e o próprio homem.

1.2. A organização do trabalho e o meio ambiente do trabalho

O meio ambiente de trabalho não é restrito só ao local de trabalho, abrangendo o local de trabalho, os instrumentos de trabalho, o modo de execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado no trabalho, pelo empregador, tomador de serviços e pelos próprios colegas. Portanto, o meio ambiente de trabalho leva em conta a pessoa do trabalhador e tudo o que o cerca (MELO, 2013, p. 29). Para Nascimento, o meio ambiente do trabalho é:

[...] o complexo máquina trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho, etc. (2009, p. 528).

Pode-se observar que as definições de meio ambiente do trabalho envolvem conceitos amplos (ambiente físico, relacional, de execução do labor e organizacional). Isso tem relação direta com a organização do trabalho, uma vez que se intercomunica com o próprio ambiente de trabalho. Inclui os fatores físicos, relacionais e psíquicos relativos a prestação laboral, isto é, as condições em que o trabalho é realizado, tendo relação direta com a saúde e segurança do trabalhador. Consoante as palavras de MELO (2013, p. 32), a natureza jurídica do meio ambiente de trabalho (adequado e seguro) é um direito fundamental do cidadão trabalhador (*lato sensu*). Não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho, pois a proteção daquele é distinta da assegurada ao meio ambiente de trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e segurança do trabalhador no ambiente de trabalho.

O trabalho e o meio ambiente do trabalho têm relação direta com a saúde e segurança do trabalhador, uma vez que diz respeito à dignidade da pessoa humana, mais especificamente à dignidade do trabalhador no seu ambiente de trabalho. Para Araújo e Rubin, a proteção geral relativa a dignidade das pessoas atinge todos indivíduos, porém é mais acentuada, quando diz respeito as condições de trabalho (meio ambiente de trabalho) do trabalhador, uma vez que possui relação direta com a sua saúde, dignidade vida:

Vida, saúde e dignidade são bens jurídicos fundamentais do ser humano. O ordenamento jurídico responde na proteção de forma ampla a todos os indivíduos, procurando garantir a sobrevivência dentro dos patamares mínimos de razoabilidade e equilíbrio. A condição de trabalhador, dentro das condições

específicas de prestação de trabalho, enseja um tratamento jurídico especial, mais detalhado do que a proteção jurídica dada a qualquer cidadão. Dito de outro modo, proteger a vida, a saúde e a dignidade são ideais perseguidos de um modo geral para toda cidadania, mas com um matiz especial no tocante ao trabalho (2016, p. 13).

Assim, no tocante à dignidade o trabalhador, pode-se concluir que se trata de uma dignidade “ampliada”, pois ultrapassa os termos gerais em que é assegurada a todos, para alcançar um núcleo específico, que é o trabalho e sua finalidade, cujos conceitos e objetivos tem um tratamento especial dentro do conjunto normativo constitucional e também internacional.

O núcleo da dignidade da pessoa humana comporta os direitos humanos e os direitos fundamentais, sendo que alguns doutrinadores distinguem os direitos humanos dos direitos fundamentais. A extensão da expressão direitos humanos nem sempre tem o alcance da expressão direitos humanos. Isso ocorre pois estes podem ter maior amplitude de direitos protegidos ou mesmo pela existência/ausência de uma efetiva normatização estatal.

Os direitos humanos, de regra, estão normatizados na legislação internacional e sua base material contempla questões relativas à pessoa humana, sua dignidade, liberdade e igualdade, podendo incluir assuntos relacionados a saúde, meio ambiente, moradia, educação, etc.

Já o alcance da expressão direitos fundamentais é mais restritiva e alcança os direitos humanos que foram consagrados na norma superior de uma nação, isto é, positivados e reconhecidos na sua Constituição.

Analisando o arcabouço jurídico internacional, podem-se citar alguns normativos internacionais que demonstram a preocupação com a saúde do trabalhador no meio ambiente de trabalho, de modo a preservar os direitos humanos daí decorrentes. O objetivo político e social de tais instrumentos é promover melhorias nas condições de trabalho dos trabalhadores, homens e mulheres, de modo a garantir um trabalho com maior liberdade, igualdade, segurança e dignidade: Convenção 42 (*Indenização por Enfermidade Profissional*)⁶; Convenção 19 (*Igualdade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros e nacionais vítimas de acidentes de trabalho*)⁷; Convenção 81 (*Sistema de inspeção do trabalho e às condições*

6. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 42*. Aprovada na OIT 1934. Ratificada em 08 de junho de 1936, em vigor desde 08.06.1937. Disponível em: [www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235113/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.

7. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 19*. Aprovada pela 7ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1925), entrou em vigor no plano

de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício da profissão)⁸; Convenção 120 (Higiene no comércio e nos escritórios)⁹; Convenção 148 (Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações)¹⁰; Convenção 161 (Serviços de Saúde no Trabalho)¹¹; Convenção 139 (Prevenção e controle dos riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos)¹²; Convenção 155 (Saúde, segurança, higiene e meio-ambiente de trabalho)¹³; Convenção 171 (Trabalho noturno)¹⁴.

internacional em 8.9.26. Ratificado pelo Brasil em 1957, em vigor desde 1958. Disponível em: [http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235017/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.

8. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 81*. Aprovada na 30ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1947), entrou em vigor no plano internacional em 7.4.50. Ratificado pelo Brasil em 1957; em vigor desde 1958; denunciada em 5 de abril de 1971, pelo Decreto 68.796, de 23.6.71; revigorada pelo Decreto 95.461, de 11.12.1987. Disponível em: [www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235131/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.
9. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 120*. Aprovada na 48ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1964), entrou em vigor no plano internacional em 29.3.66. Ratificada pelo Brasil em 1969, em vigor desde 1970. Disponível em: [www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235570/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.
10. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 148*. Aprovada na 63ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1977), entrou em vigor no plano internacional em 11.7.79. Ratificada pelo Brasil em 1982, em vigor desde 1983. Disponível em: [www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236121/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.
11. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 161*. Aprovada na 71ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1985), entrou em vigor no plano internacional em 17.2.88. Ratificada pelo Brasil em 1990, em vigor desde 1991. Disponível em: [www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236240/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.
12. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 139*. Aprovada na 59ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1974), entrou em vigor no plano internacional em 10.6.76. Ratificado pelo Brasil em 1990, em vigor desde 1991. Disponível em: [www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235873/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.
13. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 155*. Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1981), entrou em vigor no plano internacional em 11.8.83. Ratificado pelo Brasil em 1992, em vigor desde 18 de maio de 1993. Disponível em: [www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.
14. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 171*. Aprovada na 77ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1990), ao iniciar-se o ano de

Assim, no plano internacional, através da criação das instituições (Tratado de Versalhes; ONU – Organização das Nações Unidas; OIT- Organização Internacional do Trabalho; OMS – Organização Mundial da Saúde; entre outros), de diversos pactos e da normatização acima referida, observa-se a importância que o tema relativo ao trabalho, ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador, adquiriu no último século¹⁵.

A legislação ambiental brasileira é uma das mais avançadas no mundo, o que se reflete no aspecto do meio ambiente do trabalho. Com relação a este, o arcabouço jurídico contempla: a Constituição Federal; diversas Constituições Estaduais; a Lei de Política nacional do meio Ambiente (Lei 6.938/81; CLT (Cap. V, trata da Segurança, Higiene e Medicina no Trabalho; Portaria 3.214/78, com as várias Normas regulamentadoras (Mrs.); convenções/acordos coletivos de trabalho; sentenças normativas; e, ainda, inclui até mesmo o Código Penal (MELO, p. 35). Assim, o meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador (p. 30-31).

Observa-se que, com a Constituição de 1988, houve priorização e incentivo na prevenção dos acidentes de trabalho (art. 7º, inciso XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança), em detrimento das reparações de caráter individual, por mais vantajosas (monetariamente) que possam ser. Isso porque os reflexos de um acidente de trabalho possuem alcance que extrapola a pessoa do indivíduo, podendo afetar os colegas, familiares, a empresa, o Estado, e a sociedade como um todo.

Silva (p. 3) entende que a proteção constitucional do meio ambiente significa a defesa da humanização do trabalho, não se limitando à preocupação com as concepções econômicas que envolvem a atividade laboral, mas com a finalidade do trabalho como espaço de construção de bem-estar, de identidade e de dignidade daquele que trabalha. A dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção à integridade física e corporal do indivíduo e o seu valor consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, valores estes que devem ser transportados e aplicados ao meio ambiente do trabalho (SILVA, p.18).

1994 ainda não havia entrado em vigor no plano internacional. Ratificado pelo Brasil em 2002, em vigor desde 2003. Disponível em: [www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236692/lang-pt/index.htm]. Acesso em: 17.09.2018.

15. Em que pese a importância das referências citadas, deixa-se de discorrer mais especificamente sobre o as mesmas em razão da limitação do presente trabalho.

Para Delgado e Delgado (2018, p. 21), a matriz constitucional da Constituição Brasileira se distingue das Constituições antecedentes, pois tem seu núcleo basilar fundado em três pilares: a arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito; a sua arquitetura principiológica humanista e social da Constituição da República; e a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana. Em relação ao primeiro pilar, entendem que o mesmo visa superar os estágios dos constitucionalismos antecedentes (Liberal e Social), pois:

Entre as inovações qualitativas essenciais do novo constitucionalismo encontram-se, ilustrativamente: a consagração da matriz principiológica das novas constituições; a institucionalização da natureza normativa dos princípios jurídicos; a estruturação de um rol de princípios humanísticos e sociais imperativos, todos apontando para a centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica; o aprofundamento e sofisticação dos mecanismos democráticos da sociedade política e da sociedade civil; a extensão das ideias de Democracia para além do simples campo do Estado e de suas instituições, de maneira a fazê-la presente também no âmbito das instituições da vida social e econômica (2018, p. 27).

Referindo-se ao segundo pilar, afirmam que a concepção normativa principiológica constitucional atual difere das anteriores, pois passa a evidenciar um eixo com a presença de um núcleo principiológico humanístico e social, que não se dirige apenas ao campo social do direito, mas abrange o Direito do Trabalho, o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito da Seguridade Social, do Consumidor, Ambiental, Tributário etc. Tais princípios constitucionais gerais produzem efeitos normativos no universo jurídico, exemplificando: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da centralidade da pessoa humana na vida econômica e na ordem jurídica; princípio da inviolabilidade do direito à vida; princípio do bem-estar individual e social; princípio da justiça social; princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; princípio da não discriminação; princípio da igualdade; princípio da segurança; princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; princípio da vedação do retrocesso social e da progressividade social (2017, p. 30). E, em complemento, especificamente para as relações de trabalho e ao Direito do Trabalho, destacam:

[...] como princípios humanísticos e sociais da Constituição da República, os seguintes princípios constitucionais do trabalho: 1) princípio da dignidade da pessoa humana; 2) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; 3) princípio da valorização do trabalho

e do emprego; 4) princípio da inviolabilidade do direito à vida; 5) princípio do bem-estar individual e social; 6) princípio da justiça social; 7) princípio da submissão da propriedade a sua função socioambiental; 8) princípio da não discriminação; 9) princípio da igualdade em sentido material; 10) princípio da segurança; 11) princípio da proporcionalidade e razoabilidade; 12) princípio da vedação do retrocesso social (2017, p. 31).

Por fim, em relação à concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana, afirmam que esse eixo reforça os dois anteriores, envolvendo diversos dispositivos constitucionais, sejam princípios, sejam regras, que visam garantir um patamar civilizatório mínimo inerente a centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica. E arrematam:

Nesse quadro evolutivo em que o direito se afasta de seu padrão de instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas e grupos sociais – padrão que o caracterizou, por milênios e séculos –, em direção a uma concepção mais inclusiva, igualitária, humanista e social do Direito, é que se forma o novo paradigma do constitucionalismo humanista e social de após a Segunda Guerra Mundial no ocidente europeu e, desde 1988, no Brasil (2017, p. 38).

Percebe-se que, com base na normatização constitucional brasileira de 1988, firmou-se um constitucionalismo mais social, igualitário, inclusivo e humanista, cujo norte é a centralidade da pessoa humana, tanto na ordem social, econômica e jurídica, o que abarca e reflete na questão laboral (em relação ao trabalho e da dignidade da pessoa humana no trabalho). Assim, a relevância da finalidade do trabalho assume patamar constitucional e deve garantir dignidade ao trabalhador e melhoria das condições sociais e econômicas.

Para Melo (2013, p. 32), “é preciso que se crie uma cultura em todas as esferas sociais, voltada à preservação dos riscos ambientais no trabalho, discutindo e refletindo sobre a responsabilidade civil das empresas pelas consequências advindas dos danos ao meio ambiente de trabalho”. É preciso uma conscientização geral acerca do tema, sobre os reflexos de um acidente de trabalho, que vai além do aspecto financeiro, afetando também aspectos sociais e humanos dos trabalhadores. Para isso, inclusive, deve-se abandonar a visão convencional e considerar as novas formas de trabalho da atualidade.

Desse modo, a organização do trabalho confunde-se com o próprio meio ambiente de trabalho, pois engloba os aspectos físicos/psíquicos, relacionais e organizacionais, sendo que o meio ambiente de trabalho (adequado e seguro) é um direito fundamental do cidadão trabalhador. Essa proteção encontra-se

fartamente amparada no arcabouço jurídico nacional e internacional, o que demonstra que o meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do trabalhador. Ademais, com a Constituição de 1988, priorizou-se a prevenção dos acidentes de trabalho, sendo objetivo dessa proteção a defesa da humanização do trabalho. Para isso, é fundamental que se construa uma cultura em todas as esferas sociais, voltada à prevenção dos riscos ambientais no trabalho.

2. A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E OS DANOS AOS TRABALHADORES

2.1. *A saúde dos trabalhadores e os acidentes de trabalho*

O meio ambiente de trabalho é um direito fundamental do cidadão trabalhador integrando o núcleo da dignidade da pessoa humana. Ademais, considerando a existência de ampla normatização sobre o tema, também a Constituição de 1988 priorizou a prevenção dos acidentes de trabalho em detrimento da sua reparação. Desse modo, a prevenção dos acidentes passa necessariamente pela existência de um meio ambiente de trabalho seguro e saudável. Contudo, os números acidentários, no Brasil, passados mais de 20 anos da CF/88, demonstram que estamos longe de cumprir o preceito constitucional.

O meio ambiente do trabalho mantém estreita relação com a saúde do trabalhador e os próprios acidentes de trabalho, sendo que a ocorrência destes é ocasionada, na maioria das vezes, pela existência de meio ambiente laboral inadequado ou inseguro.

Para Oliveira (2016, p. 31), quando nos debruçamos sobre o tema do acidente de trabalho, deparamo-nos com um cenário dos mais aflitivos. A dimensão do problema e a necessidade premente de soluções exigem mudanças de atitude. Entende que não é possível “anestesiá-lo” a consciência, comemorar os avanços tecnológicos e, com indiferença, desviar o olhar dessa ferida social aberta, ainda mais com tanto dispositivos constitucionais e princípios jurídicos entronizando a dignificação do trabalho. Para ele, a questão fica ainda mais incômoda e desconfortável quando se sabe que a implementação de medidas preventivas (algumas simples e de baixo custo) alcança reduções estatísticas significativas, ou seja, economiza vidas humanas.

Desde que o Brasil obteve o lamentável título de campeão mundial de acidentes do trabalho na década de 1970 (dados oficiais indicam que, na época, com 12.996.796 com registros formais, 1.916.187 sofreram acidentes de trabalho, sendo que destes houve 4.001 mortes), diversas alterações legislativas e

punições mais severas para melhorar a segurança e a qualidade de vida nos locais de trabalho (2016, p. 31-32).

Os dados de acidentes de trabalho no mundo e no Brasil são preocupantes. Estatísticas da Organização Mundial do Trabalho (OIT), em relatório divulgado em 1985, a cada três minutos um trabalhador morre em consequência de acidente de trabalho ou doença profissional e a cada segundo, pelo menos, quatro trabalhadores sofreram algum tipo de lesão. Em pouco mais de duas décadas a situação piorou sensivelmente. Estatísticas recentes atestam que ocorrem anualmente no mundo por volta de 313 milhões de acidentes, uma média de 860 mil por dia ou dez acidentes de trabalho por segundo. Desse número elevado de ocorrências, resultam 2,3 milhões de óbitos, sendo mais de quatro por minuto (2016, p. 34).

No Brasil, nos últimos anos, ocorreram em média mais de 700.000 acidentes/doenças ocupacionais (dados do Ministério da Previdência Social). Observa-se que, em média, ocorreram mais de 80 acidentes e doenças de trabalho a cada uma hora de jornada diária, além de cerca de uma morte a cada três horas, motivada pelo risco decorrente dos fatores ambientais do trabalho. Em média, 49 trabalhadores/dia que não retornaram ao trabalho devido a invalidez permanente ou óbito. O custo econômico ultrapassa a um trilhão de dólares, cerca de 4% do produto interno bruto global, com o que se faz necessário a adoção de políticas efetivas de enfrentamento do problema, no Brasil estimativas do Conselho Nacional de previdência Social indicam que a ausência de segurança nos ambientes de trabalho, gerou no ano de 2003, um custo aproximado de 32,8 bilhões de reais para o país (2016, p. 32).

Dados atuais da realidade acidentária (oficialmente registrada, pois os dados reais são maiores diante das subnotificações – não registros junto aos órgãos competentes de um acidente de trabalho) pode ser consultada no site [<https://observatoriosst.mpt.mp.br/>]¹⁶. Considerando as informações aí constantes, pode-se verificar os dados relativos aos acidentes de trabalho no Brasil. Desde 2012 até os dias atuais, ocorreram mais de 4.340.154 acidentes de trabalho; os gastos da Previdência com benefícios acidentários de 2012 até hoje foram mais de R\$ 74.429.716.000; os dias de trabalho perdidos com afastamentos previdenciá-

16. Registra-se que o Observatório, fonte da pesquisa referida, foi desenvolvido e é mantido pelo Ministério Público do Trabalho em cooperação com a Organização Internacional do Trabalho no âmbito do fórum Smartlab de Trabalho Decente. Além disso, foi concebido consoante parâmetros científicos da pesquisa “Acidente de Trabalho: da Análise Sócio Técnica à Construção Social de Mudanças”, da Faculdade de Saúde Pública da USP (com o apoio da FAPESP) em cooperação com o MPT.

rios acidentários importam em 341.529.200. e no período foram notificadas mortes acidentárias no importe de 16.136, sendo estimada uma morte em acidente estimada a cada 3h 38m 43s¹⁷. Como se pode ver, o custo social e econômico é extremamente alto e, ao final, acaba por ser suportado pelos trabalhadores, famílias, empresas, governos e sociedades em geral (todos atores sociais).

Portanto, a realidade acidentária brasileira é, no mínimo, preocupante e demonstra a importância do tema diante do cenário aflitivo que vive a classe trabalhadora, em que pese os ditames dos preceitos constitucionais relativo ao trabalho, sua finalidade, a saúde e segurança do trabalhador e a dignidade. Por essa razão, a importância da adoção de medidas para reverter o quadro acidentário que vive o Brasil, necessitando para tanto a conjugação de esforços de toda a sociedade, dos poderes públicos, dos atores sociais, dos empregadores e empregados, para que se possa amenizar e diminuir essa realidade.

Constata-se que os números indicam que a prevenção de acidentes no ambiente laboral, nos termos previsto na norma constitucional, não tem encontrado reflexo na realidade social. Essa situação contribui, e muito, para o aumento da litigiosidade, inclusive com reflexos na atuação do Poder Judiciário Trabalhista, com demandas crescentes, diante deste quadro aflitivo.

2.2. *"Novas" relações de trabalho e a prevenção de danos à saúde do trabalhador*

Como se pode verificar, os dados relativos aos acidentes de trabalho são preocupantes, sendo necessário a adoção de medidas urgentes para inverter a atual realidade, pois a finalidade do trabalho, no que concerne ao meio ambiente seguro e saudável, assegurada constitucionalmente e internacionalmente, não produz efeitos práticos nas relações de trabalho. Em que pese os avanços tecnológicos, desde a revolução Industrial, a realidade acidentária vem se agravando, razão pela qual o progresso e o desenvolvimento tecnológico não produziram os mesmos efeitos (aliás, produziram efeitos contrários) no que diz respeito à saúde e à segurança do trabalhador. Assim, apesar dos avanços tecnológicos e o progresso contínuo em termos de aumento da produção em escala, há que se atentar para a gravidade da realidade acidentária que vem ocorrendo nas relações de trabalho.

De acordo com o atual estágio das relações sociais, o que inclui as relações do homem com o meio ambiente (e por extensão ao meio ambiente do trabalho), a

17. Dados coletados do referido site em 17.09.2018.

normatização existente, bem como os dados relativos aos acidentes de trabalho, questiona-se a (in)congruência entre a normatização e sua efetividade prática. Ademais, nos tempos atuais as relações laborais também estão mais instáveis e inseguras, sendo que tal realidade tende a agravar-se, inclusive diante da inserção das “novas” relações de trabalho, situações estas que afetarão a saúde do trabalhador no ambiente laboral, físico/psíquico e organizacional.

Considerado o aspecto organizacional e relacional do trabalho, nos “tempos modernos”, qual é a realidade laboral da imensa maioria dos trabalhadores no que concerne a realização do trabalho? É realizar as coisas às pressas, com metas de produtividade e tempo de conclusão, realizar de maneira apressada, quase que para ontem. Com isso, a preocupação com a saúde no trabalho ocupa um lugar secundário, situação que não permite ao trabalhador pensar na sua condição pessoal, inclusive que o trabalho deve ter como finalidade melhorar suas condições de vida e não ser causa de dor e adoecimento.

Talvez estejamos vivendo tempos líquidos, repletos de sinais confusos, propensos a mudar com rapidez e de forma imprevisível, nas palavras de Bauman (2004, p. 7). A fragilidade das relações sociais (e as novas formas de se estabelecer relações, o que inclui as de trabalho), o sentimento de insegurança, a globalização, os reflexos dos problemas mundiais na realidade local, tem afetado as relações laborais, inclusive na parte relativa a saúde do trabalhador. Diante dessa nova realidade, o trabalhador encontra-se cada vez mais isolado, pois tem que suportar os reflexos das relações globais e ao mesmo tempo lutar de modo individualizado nessa “selva” econômica e social para conseguir um trabalho e, passo seguinte, que este trabalho lhe garanta dignidade. Dejours (1987, p. 13), ao contextualizar a evolução do trabalho e dos problemas relativos à saúde do trabalhador, afirma que “a evolução das condições de vida e de trabalho, portanto da saúde dos trabalhadores não pode ser dissociada dos desenvolvimentos das lutas e das reivindicações operárias em geral”. Relata que, no século XIX, primeira fase do capitalismo industrial, a luta era pela sobrevivência no trabalho:

Duração de trabalho de 12, 14 ou até mesmo 16 horas ao dia; emprego de crianças, algumas a partir de 3 anos de idade e de forma mais frequente aos 7 anos; salários baixos e insuficientes para assegurar o necessário; falta de higiene, promiscuidade, esgotamento físico, acidentes de trabalho, subalimentação. Era uma fase onde a luta pela saúde identificava-se como a luta pela sobrevivência (DEJOURS, 1987, p. 14).

Na segunda fase, da Segunda Guerra Mundial até 1968, registra que a guerra serviu para a valorização do trabalho e do trabalhador, com iniciativas e

progressos em relação à jornada de trabalho, à medicina do trabalho e da indenização das anomalias contraídas no trabalho. A palavra de ordem era “melhoria nas condições de trabalho”:

A miséria operária, luta pela sobrevivência, redução da jornada de trabalho, corrente das ciências morais e políticas, corrente higienista e corrente alienista deram lugar, respectivamente, ao corpo doente, à luta pela saúde, à melhoria das condições de trabalho, e à corrente contemporânea da medicina do trabalho, da fisiologia do trabalho e da ergonomia (DEJOURS, 1987, p. 22).

Já no terceiro período, após 1968, menciona que:

O desenvolvimento desigual das forças produtivas, das ciências, das técnicas, das máquinas, do processo de trabalho, da organização e das condições de trabalho culmina numa situação muito heterônoma para que se possa fazer uma análise global da relação saúde-trabalho. No centro desse mosaico de fenômenos diversificados, só se pode reconhecer um novo material e tendências que ampliam a problemática tradicional das questões da saúde. Nós designamos aqui a saúde mental (DEJOURS, 1987, p. 22).

Para Dejours, as condições de trabalho dizem respeito ao ambiente de trabalho físico (temperatura, pressão, barulho, vibração, irradiação, altitude etc.), ambiente químico (produtos manipulados, vapores, gases tóxicos, poeiras, fumaças etc.), ambiente biológico (vírus, bactérias, parasitas, fungos), as condições de higiene, de segurança e as características antropométricas do posto de trabalho. Já a organização do trabalho é designada a partir da divisão do trabalho, o conteúdo da tarefa (na medida em que ele dela deriva, o sistema hierárquico, as modalidades de comendo, as relações de poder, as responsabilidades etc.). Arremata nos seguintes termos:

A luta pela sobrevivência condenava a duração excessiva do trabalho. A luta pela saúde do corpo conduzia a denúncia das condições de trabalho. Quanto ao sofrimento mental, ele resultava da organização do trabalho (DEJOURS, 1987, p. 25).

Diante desse contexto, podemos verificar que a complexidade das relações sociais e laborais vem “evoluindo” ao longo do tempo e em prejuízo do trabalhador. As novas formas de trabalho (que são espécies de relações sociais) estão interconectadas, afetando e sendo afetadas pelo meio ambiente laboral, diante do desenvolvimento da sociedade e da economia (capital/trabalho): novas formas

de comunicação, automação/informatização, globalização, terceirização, flexibilização, teletrabalho, assédio por metas etc.¹⁸

Assim, situações anteriores que importavam no afastamento do trabalho estavam mais relacionadas aos aspectos físicos do trabalho. Agora, o fator organização (forma como se organiza a relação laboral dentro do ambiente de trabalho), agora acabam por gradativamente incorporar também os transtornos mentais, resultado este do redimensionado do modo de prestação do trabalho e o próprio meio ambiente de trabalho.

Aliás, a Organização Mundial da Saúde (OMS) vem alertando que os transtornos mentais serão a maior causa de afastamento laboral nos próximos anos. Sua relação está diretamente ligada ao meio ambiente organizacional das empresas e instituições. Farah (2016, p. 19) alerta que a depressão se tornou um problema mundial e ocupa cada vez mais atenção das políticas públicas. Reportando-se a Ehrernberg, esclarece que a empresa de hoje é a “antessala da depressão contemporânea”. Registra que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2020, a depressão será a maior causa de afastamento nas empresas no mundo inteiro. Em alguns países, incluindo o Brasil, esses números já estão em vigor: São Paulo é a capital mundial de transtornos mentais, com cerca de 25% da população afetada, considerado a depressão e a ansiedade.

Assim, em que pese a existência de uma vasta normatização acerca do tema, as dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores remanescem, inclusive alternando o foco, ou mesmo incorporando novas situações agravantes na relação de trabalho, com inclusão de problemas globais, relações mais rarefeitas, confusas e imprevisíveis, com o agravamento de doenças que atingem a saúde do trabalhador, física e psiquicamente.

Diante desse cenário, quais as alternativas possíveis para o trabalhador ter um meio ambiente de trabalho adequado, saudável e seguro? Entende-se que alternativas existem e são viáveis, porém dependem do comprometimento de cada um, individualmente e de forma coletiva, além do compromisso estatal.

Primeiro, é necessária consciência dos instrumentos normativos que garantem ao trabalhador o direito a um meio ambiente seguro e saudável, o qual permita que o trabalho alcance sua finalidade, sendo então necessária uma atuação positiva na sua efetivação, não só no agir individual, mas principalmente em ações coletivas (e neste contexto os sindicatos e associações tem papel fundamental).

18. Essas “novas” formas reacionais e de trabalho, por consequência, incluem os direitos de quarta e quinta dimensão antes relacionados, conforme Wolkmer.

É preciso haver uma aproximação dos trabalhadores com estas instituições de modo a implementar-se um agir coletivo diante deste drama social.

Segundo, a implementação de políticas públicas pelas diversas instituições sociais¹⁹ (como órgãos governamentais, instituições educacionais, Organizações não-governamentais etc.) como instrumentos de mobilização e conscientização de que a prevenção é a melhor opção para todos quando o tema é acidente de trabalho. Tais ações oportunizam o resgate da solidariedade social, pois permite que pessoas que ocupem postos de destaque na sociedade ou que já alcançaram um patamar cultural acima da média (estudantes, professores, advogados, engenheiros, psicólogos, filósofos, empresários, juizes) contribuam para a mudança necessária. Trata-se de uma questão social e solidária.

A terceira consideração situa-se no campo da prevenção, cujas proposições são defendidas pelo professor e colega Sebastião Geraldo de Oliveira, as quais resumo e, em parte, se confundem com as propostas anteriores. Para Oliveira, atualmente o maior desafio não é mais o reconhecimento do direito à saúde do trabalhador, já que normas jurídicas a respeito são números e suficientes claras para proclamá-los. A luta a ser travada é para que esse direito objetivamente venha a incorporar-se na realidade dos meios ambientes de trabalho, no dia a dia do trabalhador. Para isso, o autor defende o uso das tutelas de urgência (cautelar, antecipatória), ação trabalhista, ações cominatórias (obrigação de fazer), astreintes (multas diárias), dissídios coletivos e ações civis públicas (2011, p. 486).

Também Melo entende que são necessárias medidas de prevenção de riscos no meio ambiente de trabalho, de modo a preservar o princípio constitucional da dignidade humana e os valores sociais do trabalho (2013, p. 66). Para ele, a prevenção dos riscos ambientais e acidentes de trabalho deve envolver: 1) postura empresarial (criar uma cultura patronal que invista na prevenção de acidente, pois em longo prazo ela se mostrará economicamente vantajosa); 2) mudança de postura das classes profissionais (que devem manter uma preocupação com as questões de saúde e segurança, e não somente com a defesa das cláusulas econômicas da categoria); 3) mudança de postura do Poder Público (a atuação do Ministério do Trabalho se dá mais na base da repressão que na orientação e prevenção); 4) a efetividade dos princípios constitucionais que assegurem o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana diante dos reflexos da globalização econômica no direito do trabalho (deve haver uma

19. Um exemplo disso é o que vem fazendo o Poder Judiciário Trabalhista através do Programa Trabalho Seguro, com importantes instrumentos de conscientização de que a prevenção é a melhor opção em relação a um acidente de trabalho.

correta avaliação do processo de globalização, diante dos reflexos que ela ocasiona: desemprego, informalidade, precarização das condições de trabalho, mão de obra desqualificada, leis trabalhistas inadequadas, estrutura sindical ultrapassada, Justiça do Trabalho emperrada, flexibilização, educação precária etc.) (2013, p. 76, 77, 79-83).

Em relação à defesa do meio ambiente, o referido autor entende haver três razões que justificam a defesa do meio ambiente. A primeira, numa lógica capitalista, é de ordem econômica, pois os custos dos acidentes são extremamente altos; a segunda e a terceira são de natureza social e humana, interessando a vítima, familiares e à própria sociedade. Explícita, ainda, que a Constituição impôs ao Poder Público e a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. E, para isso, incumbe a contribuição de todos: os sindicatos (art. 225, *caput*, e art. 8º, inc. III); as CIPAS (Comissões Internas de Prevenção de Acidentes) (art. 10, inc. II, letra *a* do ADCT e art. 165 da CLT); as associações civis sem fins sindicais (art. 5º, Lei 7.347/85, e art. 82, IV, do CDC); o cidadão individualmente (art. 5º, inc. LXXIII, da CF/88); lucrativos; o Poder Público, nas diversas esferas, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 225, *caput*, e 5º, da Lei 7.347/85, e 82, II, do CDC); o Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (quanto a este, o magistrado deve ser proativo atuando de ofício nas situações de risco grave e iminente, concedendo tutelas de urgência etc.); o Ministério público do Trabalho (art. 127, CF/88 e art. 22 da LC 75/93; a Defensoria Pública (art., 134, CF/88) (2013, p. 83-84).

Assim, mesmo diante de uma realidade adversa no que se refere ao excessivo número de acidentes de trabalho e o advento de novas formas de trabalho, que por vezes não se preocupam em garantir um meio ambiente de trabalho seguro e saudável, acredita-se que existam formas de resgatar a dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Para tanto, é preciso que se observe e dê concretude à farta normatização existente sobre os temas por parte dos atores sociais. É através da conscientização e de ações propositivas por parte dos atores sociais que os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos consagrados na Constituição Federal de 1988 poderão ter concretude e eco na prática diária das relações de trabalho, preservando a dignidade do trabalhador no meio ambiente de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação do homem com o meio ambiente existe desde os tempos remotos, sendo o meio ambiente fundamental para a sobrevivência do homem. A proteção do meio ambiente deve envolver o Estado, a sociedade e os atores sociais, sendo

que o repensar deve levar em conta os ditames constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana e os direitos sociais.

A organização do trabalho confunde-se com o próprio meio ambiente de trabalho, sendo o meio ambiente de trabalho (adequado e seguro) um direito fundamental do cidadão trabalhador. A finalidade do trabalho é proporcionar o bem-estar e melhorar as condições de vida do trabalhador. A normatização jurídica, nacional e internacional, sobre o tema é farta, o que demonstra a importância do meio ambiente do trabalho adequado e seguro, como um direito fundamental do trabalhador. Nesse sentido, a Constituição de 1988 priorizou a prevenção dos acidentes de trabalho (e não a simples reparação) com a finalidade de promover a defesa da humanização do trabalho.

Os dados relativos aos acidentes de trabalho (os quais decorrem de um meio ambiente de trabalho inseguro) são preocupantes, sendo necessária e urgente a adoção de medidas para inverter a atual realidade, pois a finalidade do trabalho, no que concerne ao meio ambiente seguro e saudável, assegurada constitucional e internacionalmente, não vem se concretizando. Observa-se que o capitalismo e a globalização não priorizam a promoção das questões sociais e humanitárias, o que tem potencializado os riscos e acidentes de trabalho, prejudicando a saúde e a segurança do trabalhador, pois afasta do trabalho milhares de trabalhadores todos os anos, vítimas de acidentes de trabalho.

Não se pode comemorar os avanços tecnológicos e científicos e omitir-se quanto à realidade acidentária brasileira. Em que pese o Brasil ter uma a legislação ambiental das mais avançadas no mundo, os números de acidentes de trabalho demonstram o quanto são nefastos para a sociedade, seja no aspecto social, seja no aspecto econômico.

Para reversão da realidade laboral, no que se refere à prevenção de acidentes de trabalho, considerando os dados de acidentes de trabalho existentes na atualidade e da possibilidade de agravamento diante das “novas” relações de trabalho (novas formas de comunicação, automação/informatização, globalização, terceirização, flexibilização, teletrabalho, assédio por metas etc.), é fundamental que se construa uma cultura (em todas as esferas sociais e envolvendo todos atores sociais) voltada à prevenção dos riscos ambientais no trabalho.

Na atual sociedade industrial, de risco e líquida, essa conscientização social importa em um agir preventivo, e por vezes precavido (precaução), por parte dos atores sociais, no qual devem ser observados os princípios do direito ambiental. Podem, ainda, contribuir a implementação de políticas públicas de conscientização/prevenção; a efetiva utilização de ações judiciais (tutelas de urgência (cautelar, antecipatória), ação trabalhista, ações cominatórias (obrigação de fazer),

astreintes (multas diárias), dissídios coletivos e ações civis públicas; e também a mudança da postura empresarial, das próprias classes profissionais do Poder Público, a qual deve ser voltada à prevenção de acidentes e da humanização do trabalho.

Com isso, acredita-se que possamos conviver num meio ambiente adequado, seguro e saudável que atenda a perspectiva constitucional de preservação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, assegurando, nos termos de seu preâmbulo, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Francisco Rossal de; RUBIN, Fernando. *Acidentes de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- Carvalho, Délton Winter de. Dano ambiental futuro a responsabilização civil pelo risco ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 12, n. 45, p. 63-91, jan.-mar. 2007.
- DEJOURS, Christophe, 1949. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do Trabalho/ Christophe Dejours*. Trad. Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. São Paulo: Cortez/Oboré, 1987.
- FARAH, Bruno. *A depressão no ambiente de trabalho: prevenção e gestão de pessoas: um estudo sobre as empresas contemporâneas a luz do Judiciário Federal*. São Paulo: LTr, 2016.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo; SILVEIRA, Paula Galbiatti. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração. In: Wolkmer, Antônio Carlos; Morato Leite, José Rubens (Org.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Guilherme Oliveira Catanho da. *O meio ambiente do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32202-38307-1-PB.pdf]. Acesso em: 17.09.2018.

RUBIO, David Sanchez; FRUTOS, Juan Antonio Senent de. *Teoría crítica del derecho*. Universidad Autónoma de San Luis Patossi. 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral do “novos” direitos. In: Wolkmer, Antônio Carlos; Morato Leite, José Rubens (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

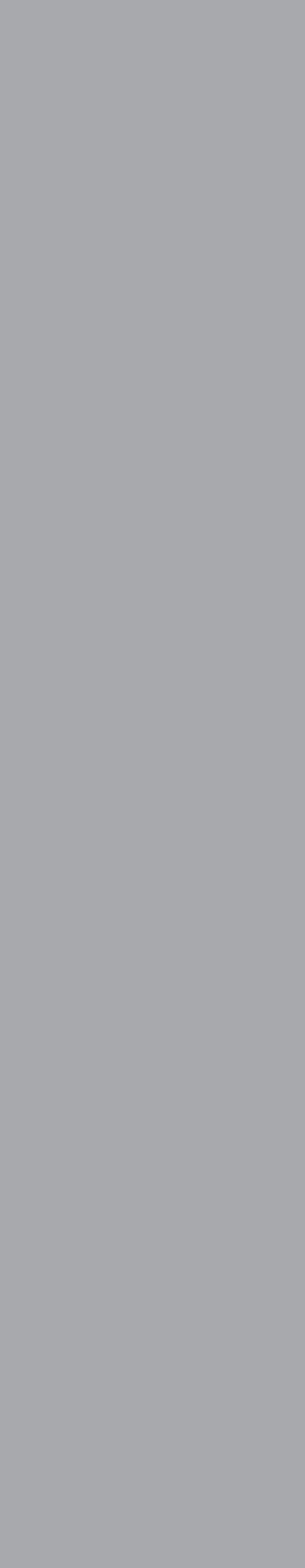
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito à saúde e o debate sobre os riscos psicossociais no ambiente de trabalho, de Carolina Spack Kemmelmeier – *RDT* 186/89-113 (DTR\2018\7948);
- Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual, de Ney Maranhão – *RDT* 170/139-165 (DTR\2016\20496); e
- A saúde mental e o meio ambiente de trabalho, de Maria José Giannella Cataldi – *RDT* 166/159-170 (DTR\2015\16832).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A dense pattern of fine, parallel lines radiates from the bottom left towards the top right, creating a sense of motion and depth. The overall aesthetic is clean, modern, and academic.

Estudos Internacionais



LA LEGALIDAD, LA RESPONSABILIDAD Y LA REALIDAD EN LA INTREGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

LEGALITY, RESPONSIBILITY AND REALITY IN THE LABOUR INTEGRATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES

PABLO AGUILAR CONDE

Doctor en Economía y Licenciado en Derecho.
paguilar@ubu.es; paguilarconde@gmail.com

MARINA BALLANO ARRANZ

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.
marinabalar@hotmail.com

SARA POLANCO SALOMÓN

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.
sarapolancoburgos@gmail.com

NIEVES YUSTA SAINZ

Licenciada en Derecho y Ciencias Económicas.
niyusa@ubu.es

ÁREA DO DIREITO: Trabalho

RESUMEN: El objetivo de esta comunicación es triple: en primer lugar, realizar un breve análisis de la normativa vigente en España a favor de la integración laboral de las personas con discapacidad; en segundo lugar verificar si la pretendida responsabilidad social de las empresas favorece esa inserción laboral de las personas con discapacidad y por último verificar si esa integración es real o sólo una mera estrategia de marketing dentro de la política de comunicación de las empresas. Para este objetivo, tras un análisis en

ABSTRACT: The objective of this communication is triple: first, we carry out a brief analysis of the regulations and Spanish general policies in favour of the labour integration of people with disabilities; Secondly, we verify if the social responsibility of the companies enables the labour insertion of people with disabilities; and finally we verify if this integration is real or just a simple marketing strategy within the communication policy of the companies. For this purpose, after analyzing the regulations and the general labour policies developed

profundidad de la normativa y las políticas laborales generales que se están llevando a cabo para lograr la inserción laboral de las personas con discapacidad en España, realizaremos un breve análisis empírico con metodología descriptiva, a través del análisis de algunos convenios colectivos de algunas empresas ubicadas en la provincia de Burgos junto al análisis de la Responsabilidad Social Corporativa de estas empresas, a través de sus páginas web. Como conclusiones iniciales podemos apuntar la falta de referencias en los convenios colectivos que favorezcan la integración laboral de este colectivo. Únicamente existe alguna alusión en las páginas webs de algunas empresas donde aparecen los programas que realizan para ayudar a las personas con discapacidad. Realmente no parece que haya concienciación ni se desarrollen suficientes acciones por parte de las empresas dentro de sus campañas de responsabilidad social corporativa que sirvan de ayuda a la integración laboral de este colectivo.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad – Integración laboral – Convenios colectivos – Responsabilidad social corporativa.

to achieve the labour integration of people with disabilities in Spain, we will carry out a brief empirical analysis with descriptive methodology, through the analysis of some collective agreements of some companies located in the province of Burgos linked to the analysis of the Corporate Social Responsibility of these companies, through their web pages. As initial conclusions we can point out the lack of references in the collective agreements to allow the labour integration of this group. There is only some reference on the websites of some companies where the programs they carry out to help people with disabilities appear. It is obviously that there is not an effective integration as the companies have not developed effective corporate social responsibility campaigns to help the labour integration of this group.

KEYWORDS: People with disabilities – Labor integration – Collective agreements – Corporate social responsibility.

SUMÁRIO: Introducción. 1. Marco legal. 2. Marco teórico. 3. Breve revisión empírica. 4. Análisis empírico. 5. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En todos los países, el porcentaje de personas con discapacidad aumenta cada vez más, y por lo tanto, con ello aumenta la necesidad de que dichas personas puedan gozar de las mismas oportunidades e igualdades para acceder al mercado laboral que el resto de las personas de la sociedad.

La Responsabilidad Social Corporativa de las empresas adquiere gran importancia ya que muchas personas y empresas ven reflejada en esta política, una forma de conseguir a través de sus proyectos y prácticas una integración plena de las personas con discapacidad.

La comunicación está estructurada en cinco partes. En el primer apartado, destacamos brevemente la normativa existente en España en aras de favorecer la integración de las personas con discapacidad. En el segundo apartado,

exponemos el marco teórico de este trabajo y en el que sustentar la integración de las personas con discapacidad como un área más de la política de RSC de la empresa. En el tercer apartado, realizamos una breve revisión de la literatura, apuntando algunos trabajos relevantes. En el cuarto apartado, desarrollamos la parte empírica de nuestro trabajo a través del estudio de los convenios colectivos de las empresas más importantes de la provincia de Burgos y las páginas webs de las empresas referidas sobre todo a la Responsabilidad Social Corporativa y la discapacidad. Por último, en el quinto punto resumimos las conclusiones más relevante, procedentes del desarrollo empírico anterior, junto a la contrastación con los datos macroeconómicos de integración real de las personas con discapacidad en España.

En una sociedad en la que los cambios sociales son constantes y el empleo está totalmente relacionado con el desarrollo de la persona así como con su libre autonomía, es esencial que las empresas y demás entidades públicas y privadas puedan garantizar el acceso laboral a personas con discapacidad.

Además, es importante señalar que las concepciones actuales de la discapacidad posicionan las restricciones en la participación social de las personas con discapacidad como un asunto de vulneración de derechos y de ciudadanía, pues dichas restricciones configuran un escenario de exclusión social al generarse una brecha que deja fuera a las personas con discapacidad de aspectos tan fundamentales para el desarrollo humano como la educación, la salud y, el tema que nos ocupa, el trabajo.

1. MARCO LEGAL

La primera aproximación que debemos hacer ha de estar centrada en la definición de discapacidad. Existen diversas definiciones de discapacidad en el escenario internacional, una de las más utilizadas y sobre la cual existe mayor consenso es la acuñada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que toma como la más adecuada la dada en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF); ésta la define como un término genérico que abarca los déficits de una estructura corporal o de una función fisiológica, limitaciones de la actividad que abarcan desde una desviación leve hasta una grave en la realización de una actividad, en comparación con cómo sería realizada por una persona sin discapacidad y restricciones a la participación, entendiéndose por éstas las barreras y problemas que puede encontrarse una persona para afrontar situaciones vitales.

Por otro lado, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, nos define la discapacidad como “las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o

sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Esta definición toma como base el texto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006).

Además de lo anterior, tienen la consideración de personas con diversidad funcional aquellas a las que el órgano competente haya reconocido a todos los efectos un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

En el ámbito internacional se presta una atención especial a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por cualquier condición, circunstancia personal o social, por lo que la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea trabajan en la protección de los derechos de las personas con discapacidad. La Unión Europea y el Consejo de Europa reconocen el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Siendo más concretos y centrándonos en la legislación española, debemos atender en primer lugar a la norma suprema del ordenamiento jurídico español, a la que están sujetos todos los poderes públicos y los ciudadanos del país. Así, la Constitución Española en su artículo 14 reconoce que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

A su vez, el artículo 9.2 de la misma determina que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”; así como el artículo 10, que sitúa la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. Por último dentro de ésta, el artículo 49 determina que los poderes públicos deben llevar a cabo una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas discapacitadas, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán.

La primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias fue la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad. Ésta tenía ya en cuenta la idea de que el amparo especial y las medidas de equiparación para garantizar

los derechos de las personas con discapacidad debía basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados, que les permitieran llevar una vida normal en su entorno, por lo que estableció un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos.

Tras ésta, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se centraba en dos estrategias de intervención: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. Preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se hizo realidad con la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Las anteriores leyes (Ley 13/1982, Ley 51/2003 y Ley 49/2007) quedaron derogadas por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que se encuentra vigente hoy en día.

Destacamos las siguientes referencias normativas de la Ley 1/2013:

Artículo 35. Garantías del derecho al trabajo: Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Artículo 36. Igualdad de trato: Este principio entiende ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad.

Artículo 37. Tipos de empleos de las personas con discapacidad: hay tres tipos de empleo que tienen como objetivo principal la inserción laboral, así como mejorar la calidad de vida de las personas. El empleo ordinario en las empresas y administraciones públicas, el empleo protegido en centros especiales de empleo y en enclaves laborales; y el empleo autónomo.

Artículo 38. Orientación, colocación y registro de trabajadores con discapacidad para su inclusión laboral: corresponde, bien directamente a los servicios públicos de empleo o bien a través de entidades colaboradoras y a las agencias de colocación.

Artículo 39. Ayudas a la generación de empleo de las personas con discapacidad: se impulsará el empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas como subvenciones o préstamos para la contratación.

Artículo 40. Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo: se trata de medidas por parte del empresario para garantizar la plena

igualdad en el trabajo y accesibilidad en todos los ámbitos para las personas con discapacidad.

Artículo 41. Servicios de empleo con apoyo: tienen como objetivo el acompañamiento y la adaptación laboral al puesto de trabajo de las personas con discapacidad.

Artículo 42. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad: esta cuota, obliga a las empresas públicas y privadas de más de 50 trabajadores a reservar al menos el 2% de la plantilla a trabajadores con discapacidad. Solamente podrán quedar exentas las “empresas públicas y privadas a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”.

Artículo 43, 44 y 45. Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad, compensación económica para los centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad y creación de centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad que lo veremos más adelante.

Artículo 46. Enclaves laborales: instrumentos para facilitar la inserción laboral de las personas con discapacidad.

Artículo 47. Empleo autónomo: los poderes públicos adoptarán políticas de fomento al empleo autónomo de personas con discapacidad.

Del Estatuto de los Trabajadores, cuyo texto refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2015, de 22 de octubre, destacamos los siguientes artículos:

La primera referencia la encontramos en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores referente a las relaciones laborales de carácter especial, que califica de carácter especial: “La de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo”.

En el artículo 4, apartado c, del Estatuto manifiesta que los trabajadores que los trabajadores con discapacidad tendrán el derecho a “no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Así mismo, el artículo 17 del Estatuto determina que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo.”

Una herramienta fundamental para facilitar la integración laboral son los Centros Especiales de Empleo fueron creados en España en el año 1982 ante la necesidad cada vez más creciente de inserción laboral de las personas con discapacidad. Son una herramienta de ayuda para la inserción laboral y desarrollo de personas con discapacidad, además de aportar una imagen de compromiso y concienciación social.

Actualmente los centros especiales de empleo se encuentran regulados por la Ley General de los Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social y más detalladamente en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

A partir de la aprobación de la Ley 13/1982 de Integración Social de las personas con discapacidad, la cual establece: “la obligación para todas las empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más trabajadores a reservar el 2% de sus puestos de trabajo a personas con discapacidad”, se crea un gran progreso a favor de las personas con discapacidad ya que las empresas quedan sujetas a cumplir con la obligación que esta Ley impone. Por lo tanto, para hacer efectiva esta obligación las empresas celebrarán un contrato mercantil o civil con los Centros Especiales de Empleo. También “la Administración pública debe guardar un 5% de sus plazas en las convocatorias de funcionarios y personal laboral”.

En la provincia de Burgos a partir de los datos proporcionados por la Junta de Castilla y León encontramos 33 centros especiales de empleo que dan trabajo a 680 personas en la provincia en el año 2018.

Por otra parte, la contratación de personas con discapacidad en las empresas conlleva a una serie de ventajas, por un lado, para la propia empresa y por otro lado, para las personas con discapacidad.

La ley 30/2007 de Contratos del Sector Público establece la cuota legal de reserva del 2% de personas con discapacidad en sus plantillas, pero no como una imposición para las empresas, sino como una estimulación para promover que

las empresas contraten a personas con discapacidad a través de los beneficios y ventajas fiscales que esta contratación conlleva. Una de las ventajas es que cualquier empresa que contrate a personas con discapacidad tendrá prioridad en la adjudicación de contratos del sector público, siendo en determinadas ocasiones, de obligatorio cumplimiento para acceder a alguno de ellos.

2. MARCO TEÓRICO

El término de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) surge a finales de los años 50, principios de los 60, cuando un gran número de personas se empiezan a dar cuenta de que a través de ciertas políticas o prácticas se puede contribuir al mantenimiento y la mejora, por una lado, de los negocios, y por otro lado, de la sociedad.

La RSC y la Discapacidad, o también conocida como la RSE-D por la Fundación Once, pretenden no solo la integración social, medioambiental y gubernativa del colectivo de personas discapacitadas, sino más allá de este mero cumplimiento legal; es decir, la forma en la que realmente las empresas hacen inclusión a este colectivo como un grupo de interés más en la empresa. A esto se refieren la incorporación del grupo de personas con discapacidad en las distintas políticas y actuaciones de RSC llevadas a cabo por la empresa y su integración total en los distintos grupos o ámbitos de la empresa. El objetivo principal de esta política trata de reconocer al grupo de personas con discapacidad como un grupo de interés más en la empresa, otorgándole los mismos derechos y oportunidades que el resto de grupos y por lo tanto, produciéndose así la eliminación de todo tipo de discriminación.

La Fundación Once es una de las primeras asociaciones que durante muchos años lleva luchando contra la erradicación de exclusión social del grupo de personas con discapacidad, y para ello, ha desarrollado prácticas y pautas de comportamiento para poder llevar a cabo en una organización una adecuada y efectiva unión de Responsabilidad Social Corporativa e inserción socio-laboral de personas con discapacidad. Es decir, añadir en sus estrategias empresariales, políticas de RSC-D.

El Comité Español de Representantes de personas con discapacidad, fundaciones y otros entes sociales apuestan fuertemente por una comunidad unida en la que los derechos de las personas con discapacidad sean iguales que el resto de la sociedad. Entre las fundaciones más importantes destaca la Fundación Adecco, la cual, lleva muchos años realizando un informe anual llamado: ¿Qué tres deseos le pides al nuevo año?, basado en realizar una encuesta a personas con

discapacidad sobre distintos temas cada año; En el año 2017, tras una encuesta realizada a 800 personas con discapacidad cabe destacar como principal deseo del colectivo discapacitado el acceso al empleo justo, equitativo o adecuado.

Las respuestas de los encuestados acerca de cómo promover la integración laboral son variadas, la mayoría (36%) piensa que la solución está en incrementar la sensibilización y las ayudas a empresas que contratan a personas con discapacidad, el 32% cree que hay que incrementar los recursos formativos y de apoyo a las personas con discapacidad, y el 24% opina que la solución está en proporcionar a las personas con discapacidad una educación inclusiva y equitativa desde la infancia.

Dentro de los modelos existentes para hacer posible y efectiva la integración de la discapacidad en la política de responsabilidad social corporativa en las organizaciones, destacamos el de la Fundación Bequal, la cual está formada por el Comité de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), la fundación ONCE, la Federación Empresarial de Centro Especiales de Empleo (FEACEM) y la Fundación Seeliger y Conde, todas ellas con el fin común, promover la inclusión y el compromiso de la RSC-D. Este modelo fue creado en el año 2012, conocido como el Sello Bequal y actualmente supone un método efectivo y una forma adecuada y organizada de promover la inclusión de las personas con discapacidad.

El Sello Bequal está compuesto de 7 aspectos primordiales a tener en cuenta en toda organización, y cada uno de estos aspectos tiene una serie de indicadores y fuentes de verificación, que no sólo permiten hacer una evaluación y una inclusión de la RSC-D en las estrategias empresariales, sino también un compromiso de ayuda a este colectivo y una reputación de empresa socialmente responsable respecto a las demás.

Tabla 1. Modelo Sello Bequal

Contenidos	Categorías	Fuentes Verificación	Ponderación sobre la valoración total
Gobernanza	Estrategia y Liderazgo	10	10%
Igualdad de oportunidades y no discriminación	Gestión de Recursos Humanos	19	34%
	Accesibilidad	17	21%
	Comunicación	7	8%
	Clientes	6	12%

Contenidos	Categorías	Fuentes Verificación	Ponderación sobre la valoración total
Acción positiva	Acción social	5	3,5%
	Compra responsable	5	6,5%
Criterios Libres	A propuesta de las empresas auditadas		5%
Total:		69	10%

Fuente: Modelo Sello Bequal, Fundación Bequal.

Las organizaciones se calificarán como socialmente responsables si añaden este modelo en su estrategia empresarial. Como bien hemos dicho antes, está formado por 7 categorías, que bien efectuadas y coordinadas supondrán una ventaja competitiva, respecto a las empresas que no lo implanten en su estrategia.

A nivel internacional hay que destacar la Red Mundial de Empresas y Discapacidad que fue creada en el año 2010 y está compuesta por organizaciones multinacionales y nacionales, redes empresariales, asociaciones y organizaciones de personas con discapacidad y ONG que conjuntamente luchan para promover la inclusión laboral de personas con discapacidad. En la actualidad, esta red cuenta con 21 empresas comprometidas con los 10 principios básicos que establece de la Carta de esta red que sirve como herramienta tanto para alcanzar la plena inclusión laboral de este colectivo, como para la igualdad de oportunidades en los lugares de trabajo.

3. BREVE REVISIÓN EMPÍRICA

Estudios como los desarrollados por Valls y Jové (2001) y Rosselló y Verger (2008) muestran que los procesos de tránsito que conducen a las personas con discapacidad desde la escuela al mundo laboral raramente culminan en itinerarios laborales desarrollados en entornos ordinarios. La mayoría de las personas con discapacidad una vez que abandonan el centro escolar pasan a ser usuarias de las alternativas específicas, sean centros de día, centros ocupacionales o servicios de trabajo protegido.

Jordán y Verdugo (2003) estudian la situación laboral de trabajadores con discapacidad con relación a diferentes variables personales (discapacidad, formación, variables demográficas, etc.), sociales (familia, residencia, compañeros de trabajo) y laborales (preparación laboral, entorno laboral, apoyos, etc.) que

influyen en la obtención de mejores resultados en el trabajo y en la mejora de la calidad de vida.

La investigación de Serra (2004) pretende conocer en profundidad el proceso de adaptación laboral de los trabajadores con discapacidad a partir de los tres principales protagonistas: el trabajador, el preparador laboral y el compañero/supervisor laboral. El objetivo es determinar la incidencia y el funcionamiento de los principales agentes de apoyo en el proceso de inclusión laboral en la empresa normalizada.

Alomar (2004) analiza, utilizando un estudio de caso, el comportamiento de las variables personales, laborales y sociales que pueden ayudar a predecir el éxito en el ajuste de un trabajador con discapacidad intelectual en una empresa ordinaria con la modalidad de Empleo con Apoyo.

Por último, Rius (2005) realiza una investigación centrada en el análisis del impacto de la experiencia laboral en los protagonistas de los procesos de inserción desarrollados en el contexto de la administración pública. Mediante un estudio de caso se estudia la incidencia de los procesos de inserción laboral en las personas con discapacidad a partir de sus propias percepciones y narraciones, además de proponer orientaciones adecuadas para la mejora de estos procesos.

Según el artículo de Borja Jordán de Urríes (2012) del Instituto Universitario de Integración en la Comunidad de la Universidad de Salamanca acerca de la Inserción Laboral de Personas con Discapacidad, manifiesta que hay tres alternativas en el proceso de integración laboral para las personas con discapacidad; la primera, el Centro Ocupacional cuya finalidad, según la LISMI es la de asegurar los servicios de terapia ocupacional y ajuste personal y social a los minusválidos que no puedan integrarse en una empresa o en un Centro Especial de Empleo dada su acusada minusvalía temporal o permanente; la segunda alternativa, los Centros Especiales de Empleo que según la LISMI son aquellos que tienen como objetivo la realización de un trabajo productivo, participando en las operaciones de mercado, asegurando empleo remunerado y prestando ajuste personal y social a una plantilla de trabajadores con minusvalía; y por último y como alternativa de mayor nivel de integración, el Empleo con Apoyo que promueve el “empleo competitivo en entornos integrados, para aquellos individuos que tradicionalmente no han tenido esa oportunidad” (Wehman y colaboradores, 1992; Verdugo, M. A. y Jenaro, C., 1993; Bellver, F. 1993). Este modelo de integración laboral se basa en la integración total, con salarios y beneficios desde el primer momento, ubicando a la persona en un empleo antes de proporcionarle el entrenamiento, con rechazo cero, apoyo flexible a lo largo de la vida laboral y posibilidad de elección por parte de la persona.

El artículo de Borja Jordán de Urríes (2012), propone una interesante serie de prácticas y programas a través de las declaraciones de O'Brien (1990) que considera que deben ser implantadas en la gestión de la empresa para favorecer una plena integración laboral. El modelo que este autor presenta es el siguiente:

- Incremento de los sueldos
- Aumentar las habilidades
- Incremento de oportunidades
- Aumentar la variedad de negocios
- Empleos con roles positivos
- Clasificación de intereses y capacidades
- Oportunidades de interacción
- Implicación de los compañeros
- Apoyo del mundo laboral
- Oportunidades a las discapacidades mas severas
- Compromiso de la familia
- Competencia personal
- Inversión em servicios en la comunidad
- Mejora de los apoyos
- Comunidad como un todo
- Desarrollo de grupos de trabajo
- Apoyo al desarrollo de la carrerta profesional del trabajador

Fuente: Artículo sobre la Inserción Laboral de Personas con Discapacidad. Borja Jordán de Urríes. Cuadro de Indicadores de logro (adaptado de O'Brien, 1990).

4. ANÁLISIS EMPÍRICO

El objeto de estudio de este trabajo es realizar un estudio de las prácticas de responsabilidad social corporativa y discapacidad de algunas de las empresas más importantes ubicadas en la provincia de Burgos; a través del análisis de sus respectivos convenios colectivos y páginas web de empresa en lo referente a la integración del grupo de personas con discapacidad.

La muestra está compuesta por quince empresas calificadas como importantes por su reputación y facturación en la provincia de Burgos. Estas son: Grupo Antolín Dapsa S.A, Gonvarri S.A, L'Oreal, Bridgestone, Calidad Pascual, Supermercados Alimerka, Adiseo, Pepsico, Nicolás Correa, San Miguel, Urbaser S.A, Campofrío, Benteler, Grupo Maxam y Cerámicas Gala.

Los datos del estudio son los existentes a marzo de 2018. Las herramientas principales de investigación han sido las páginas webs de las empresas, así como los convenios colectivos disponibles en la página web oficial del Ministerio de Trabajo y su aplicación Regcon.

Cuadro Resumen

EMPRESA	Nº
GRUPO ANTOLÍN DAPSA S.A.	1
BENTELER	2
GINVARRI S.A.	3
L'OREAL	4
CALIDAD PASCUAL	5
SUPERMERCADOS ALIMERKA	6
PEPSICO MANUFACTURING	7
CAMPOFRÍO FOOD GROUP	8
ADISSEO	9
BRIDGESTONE	10
URBASER S.A.	11
NICOLÁS CORREA S.A.	12
SAN MIGUEL	13
MAXAM	14
CERAMICAS GALA	15

A continuación mostramos un cuadro resumen acerca de las prácticas que realizan las empresas en lo referente a la integración laboral de las personas con discapacidad:

EMPRESAS	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	TOTAL
Plan de igualdad	x	x									x		x			4
Colaboración con centros especiales de empleo	x			x				x			x					4
Protocolo contra el acoso											x					1
Política de diversidad e igualdad de oportunidades	x	x	x		x		x									5

EMPRESAS	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	TOTAL
Programas de accesibilidad						x		x								2
Programas de contratación directa					x											1
Beneficios sociales		x	x													2
Programas de formación		x		x				x		x				x		5
Empleo con apoyo						x										1
Proyectos de ayuda alimentaria						x										1
Colaboración con las universidades									x							1
Colaboración con Fundaciones								x		x		x	x			4
TOTAL	3	4	2	2	2	3	1	4	1	1	4	0	2	2	0	

Fuente: Elaboración propia.

Este cuadro resumen muestra las prácticas o programas que realizan algunas de las empresas más importantes de la provincia de Burgos respecto a la integración laboral de personas con discapacidad. Como podemos observar, en primer lugar figuran las políticas de diversidad e igualdad de oportunidades y programas de formación para conseguir una efectiva integración de este colectivo. En segundo lugar, los planes de igualdad en la gestión interna de la empresa, colaboración con centros especiales de empleo y fundaciones.

Destacando a Campofrío Food Group y Benteler como las empresas que según los datos dispuestos realizan más prácticas a favor de la integración y en el lado contrario a Pepsico, Adisseo y Bridgestone.

5. CONCLUSIONES

En la actualidad, la preocupación por la integración laboral de personas con discapacidad es cada vez mayor, ya que en España hay más de 3,84 millones de personas con discapacidad, las cuales no gozan de las mismas oportunidades laborales que las personas sin discapacidad.

A partir de la realización de este trabajo, podemos apuntar que a fecha de hoy, la integración laboral de las personas con discapacidad no se ha incorporado plenamente en las prácticas de responsabilidad social corporativa de las empresas.

La mayoría de las empresas fomenta una responsabilidad social destinada a los tres ejes principales, el económico, el social y el medioambiental con políticas muy básicas; que en este tema, no logran conseguir la efectiva integración laboral de este colectivo, ya que las prácticas que realizan las empresas en este ámbito están más destinadas a colaborar con programas o proyectos de fundaciones, que a realizar prácticas de contratación.

Las fundaciones, asociaciones, ONG u otras entidades sociales son el principal impulsor de proyectos de ayuda para la integración laboral de este colectivo. Estas entidades sociales son las que más conocen y se interesan por las necesidades de este grupo desfavorecido, tratan de sensibilizar y divulgar los problemas de las personas con discapacidad y promueven la autonomía personal de estas personas. Además realizan planes de acompañamiento, formación, información y apoyo para que el acceso al empleo sea lo más satisfactorio posible.

Asimismo, los centros especiales de empleo merecen igual importancia ya que es otro de los mecanismos que facilita la inserción laboral de este colectivo. Estos centros sin ánimo de lucro crean oportunidades de empleo para personas con discapacidad. Muchas empresas colaboran con centros especiales de empleo para cumplir con su obligación legal normalizada en la Ley General de Personas con discapacidad y su inclusión social. Por último cabe destacar el trabajo de las Administraciones Públicas ya que a través de las leyes que imponen a las empresas de reservar un mínimo en sus plantillas y las bonificaciones que las conceden, facilitan la contratación de personas con discapacidad en las empresas.

Sin embargo, en la sociedad debe producirse un cambio de mentalidad respecto a las personas con discapacidad con el fin de conseguir una mejor calidad de vida e independencia para ellos. Desde hace años se lucha por conseguir la integración de estas personas en la sociedad como un ciudadano más, pero todavía existen muchas barreras mentales y físicas que impiden que esto se pueda hacer del todo posible.

En nuestra opinión, y a partir de los resultados obtenidos del desarrollo empírico, la integración laboral de personas con discapacidad es aún insuficiente y se debe indagar y trabajar mucho más en este campo. Las empresas, entidades sociales, administraciones públicas y el gobierno deben unirse y avanzar mucho más en este tema para solventar las necesidades y problemas de las personas con discapacidad. En lo que respecta a la integración laboral, las empresas además de mostrarse comprometidas con la sociedad y los problemas que en ella se ocasionen, deben implantar desde su área de Recursos Humanos programas de contratación en sus políticas de responsabilidad social corporativa tratando de ayudar a este colectivo para conseguir realmente un puesto de trabajo en la empresa y

no únicamente colaborar con entidades sociales para dar una imagen de empresa social y comprometida con ciertos colectivos, que muy lejos queda de conseguir una efectiva integración laboral. Las empresas deben valorar las capacidades de las personas con discapacidad e incluirlas en la empresa como perfiles nuevos y diferentes que aporten diversidad y talento.

Como decíamos en el título de la comunicación, hay una enorme diferencia entre la legalidad, la responsabilidad (o mejor dicho no responsabilidad) y la realidad. Según las encuestas llevadas a cabo por el Instituto Nacional de Estadística (INE) en 2016, hay un total de casi 2 millones de personas con discapacidad en España en edad de trabajar, de los cuales 650.000 se encuentran activos y casi 200.000 personas se encuentran en paro, lo que supone casi un 30% frente al 20% de las personas activas sin discapacidad.

Aún así, consideramos que la formación de las personas y el sentido de solidaridad de todos nosotros, pueden hacer de palanca a favor de la integración de las personas con discapacidad, bien sea voluntariamente por las empresas, o en caso contrario, con los mecanismos legales necesarios para conseguir esa integración laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALOMAR, E.; CABRÉ, M. (2005). *El trabajo de jóvenes con discapacidad intelectual en entornos normalizados*. Revista Síndrome de Down, N° 22, pg. 118-124.
- GARCÍA, C.; RODRÍGUEZ, G.; TOHARIA, L. (2009). *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad*.
- GONZÁLEZ, D.; GUTIÉRREZ, J.; GONZÁLEZ, A.; MÁRQUEZ, Y. (2017). *Inserción Laboral De Personas Con Discapacidad*. Revista Científica Europea, vol.13, n° 29, pg. 109- 125.
- LORENZO, R. (2004). *El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pg. 73-89.
- MERCADO GARCÍA, E. (2012). *Avanzando hacia la igualdad de oportunidades en la inclusión socio-laboral de las personas con discapacidad*. Cuadernos de Trabajo Social, pg. 94-104.
- MONTERO, C. (2009). *Estrategias para facilitar la inserción laboral a personas con discapacidad*.
- PALLISERA, M.; VILÀ, M.; VALS, M.; RIUS, M.; FULLANA, J.; JIMÉNEZ, J.; CARDONA, M.; LOBATO, J. (2003). *La integración laboral de personas con discapacidad en la empresa ordinaria en España: aproximación a través de una investigación*. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual, n° 208, pg. 5-18.

PALLISERA, M.; FULLANA, J.; VILÀ, M. (2005). *La inserción laboral de personas con discapacidad. Desarrollo de tres investigaciones acerca de los factores favorecedores de los procesos de inserción*. Revista de investigación educativa, vol. 23, Nº 2, pg. 295-313.

PÉREZ SERRANO, M. (2008). *Inserción laboral de jóvenes con discapacidad. Análisis de las prácticas laborales*. Revista Interuniversitaria, Nº 15, pg. 99-110.

Legislación

Constitución española. BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo.

RDL 1/2013, de 29 de noviembre. Ley general de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acessibilidade ao trabalho: a inserção do deficiente no mercado de trabalho, de Matheus Ferreira Bezerra – *RDT* 130/165-181 (DTR\2008\262);
- Cotas trabalhistas para pessoas com deficiência – Uma análise principiológica, de Rafael Diogo Diógenes Lemos – *RDT* 164/65-84 (DTR\2015\13256); e
- Direitos fundamentais da pessoa com deficiência: o trabalho como fonte de promoção da dignidade humana, de Guilherme Domingos de Luca e Rogério Nascimento Renzetti Filho – *RDT* 185/213-233 (DTR\2017\7120).

LA MONEDA DE CURSO LEGAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO

LEGAL TENDER IN LABOUR LAW

REINALDO JESÚS GUILARTE LAMUÑO

Universidad Católica Andrés Bello, Abogado (2000). Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho del Trabajo II (2009-2014). Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho del Trabajo I (2014-2016). Miembro de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social. Miembro de la Sección Latinoamericana de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Capítulo Venezuela).
rguilarte@cjlegal.net

ÁREA DO DIREITO: Trabalho

RESUMEN: El artículo 318 de la CRBV establece que el bolívar es la unidad monetaria de Venezuela, situación que lleva a algunos a sostener que el bolívar es la moneda de curso legal en el país, sin evaluar la posibilidad que tienen las partes conforme con el DLOBCV de acordar el pago de obligaciones en divisas. Lo anterior, se ve reflejado en materia laboral cuando se considera que no es posible pagar el salario en divisas, porque en el artículo 91 de la CRBV se prevé que el salario deberá ser pagado en moneda de curso legal. Inclusive, en el artículo 523 del DLOTTT se establece que el patrono será sancionado cuando no pague el salario del trabajador en moneda de curso legal. Sin embargo, lo anterior deberá ser entendido como que el patrono no puede pagar el salario en (i) mercancías; (ii) vales; (iii) fichas; o (iv) cualquier signo representativo con que quiera sustituirse la moneda, porque el salario deberá ser pagado en dinero, conforme con lo previsto en el artículo 3 del Convenio 95 de la OIT. Por lo tanto, el estudio de lo que debe ser entendido como moneda de curso legal en el Derecho del Trabajo resulta importante tanto en América como en Venezuela, porque el salario es

ABSTRACT: Article 318 of the CRBV states that the bolivar is the monetary unit of Venezuela, situation that leads some to argue that the bolivar is the legal tender in the country, without evaluating the possibility the parties have, according to the DLOBCV, to agree on the payment of foreign currency obligations. The above is reflected in labour matters when it is considered that it is not possible to pay the wage in foreign currency, because article 91 of the CRBV establishes that the wage must be paid in legal tender. Actually, article 523 of the DLOTTT sets that the employer will be sanctioned when he or she does not pay the worker's wage in legal tender. However, the foregoing should be understood as that the employer cannot pay the wage in (i) merchandise; (ii) vouchers; (iii) chips; or (iv) any representative sign with which it is preferred to substitute the currency, because the wage must be paid in money, in accordance with the provisions of Article 3 of ILO 95 Convention. Therefore, the study of what should be understood as legal tender in Labour Law is important in both America and Venezuela, because the wage is the consideration received by the worker for the service that

la contraprestación que recibe el trabajador por el servicio que presta para el patrono, siendo que éste se libera de su obligación pagando el salario en moneda de curso legal.

PALABRAS CLAVE: Salario – Dinero – Control de cambio – Criptomonedas – Moneda comunal.

provides to the employer, being that the latter is released from the obligation by paying the wage in legal tender.

KEYWORDS: Wage – Money exchange control – Cryptocurrency – Communal currency.

SUMÁRIO: Consideraciones preliminares. 1. Pago del salario en divisas. 2. Pago del salario en moneda comunal. 3. Pago del salario en criptomonedas. 4. Conclusiones.

A Mis Abuelos
Ramón, Rosa, Rafael y Petra
"When the night has come
And the land is dark
And the moon is the only light we see
No I won't be afraid
No I won't be afraid
Just as long as you stand, stand by me."
(Stand by me, The Beatles)

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Desde el viernes negro de 1983, Venezuela presenta problemas con la política cambiaria, lo que en algunos casos derivó en la imposición de un férreo control cambiario, situación que actualmente tiene un alto impacto en la economía, generando una crisis social sin precedentes. En la actualidad, se mantiene vigente un control de cambio que inició en fecha 5 febrero de 2003, con ocasión de la entrada en vigencia del CCI.

Es como consecuencia de los diferentes controles de cambio que se han ejecutado en Venezuela, que nace la discusión sobre que debemos entender como moneda de curso legal, por cuanto para algunos se debe entender que el bolívar es la moneda de curso legal de Venezuela, más aún con la entrada en vigencia del artículo 318 de la CRBV, mientras que otros sostienen que se trata únicamente del signo monetario del país.

De hecho, se sostiene que debido al control de cambio no es posible contraer obligaciones que deriven en el pago en divisas como moneda de pago, porque según algunos, se debe entender que el bolívar es moneda de curso forzoso.

Sin embargo, pretender estudiar los aspectos legales del bolívar como moneda de curso legal, sin tomar en consideración las normas laborales que rigen el salario, es tener una visión parcial de un tema que puede ser controversial.

En efecto, en el artículo 123 del DLOTTT se prevé la prohibición de pagar el salario en: (i) mercancías; (ii) vales; (iii) fichas; o (iv) cualquier signo representativo con que quiera sustituirse la moneda, porque el salario deberá ser pagado en moneda de curso legal.

Lo anterior debe ser entendido como la prohibición del *truck system* en Venezuela, debido a prácticas ejecutadas en contra de los trabajadores hasta mediados del siglo XX, en la que los trabajadores recibían fichas por el pago de su trabajo que eran cambiadas en los establecimientos del patrono. En este sentido, tenemos que Rafael Caldera Rodríguez cuando estudia los antecedentes legislativos de las normas laborales de Venezuela, sostiene:

El Código de Minas de 1909 dio mayor desarrollo a las normas de carácter laboral. Aunque permitió un límite de 12 horas diarias de trabajo, explícitamente dispuso que todo pacto en contrario sería nulo, salvo el trabajo de sobretiempo; fijó para las horas extraordinarias un aumento de 50% de remuneración; estableció normas sobre salario, prohibiendo el *truck system* e imponiendo el pago semanal, salvo que por convenio especial se hiciera quincenal; e introdujo una disposición protectora en caso de enfermedad.¹

Ahora bien, la CIDH en la sentencia dictada en fecha 20 de octubre de 2016 en el caso: *La Hacienda Brasil Verde*, consideró:

303. De la reseña de hechos contenidos en los párrafos anteriores, es notable la existencia de un mecanismo de reclutamiento de trabajadores a través de fraudes y engaños. Además, la Corte considera que, en efecto, los hechos del caso indican la existencia de una situación de servidumbre por deuda, visto que a partir del momento en que los trabajadores recibían el adelanto de dinero por parte del gato, hasta los salarios irrisorios y descuentos por comida, medicamentos y otros productos, se generaba una deuda impagable para ellos. Como agravante a ese sistema conocido como *truck system*, peonaje o sistema de barracão en algunos países, los trabajadores eran sometidos a jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia, viviendo en condiciones degradantes. Asimismo, los trabajadores no tenían perspectiva de poder salir de esa situación en razón de: i) la presencia de guardias armados; ii) la restricción de salida de la Hacienda sin el pago de la deuda adquirida; iii) la coacción física y psicológica de parte de gatos y guardias de seguridad, y iv) el miedo de represalias y de morir en la selva en caso de fuga. Las condiciones anteriores

1. CALDERA RODRÍGUEZ, Rafael Antonio. *Derecho del Trabajo*. El Ateneo. Buenos Aires, 1969. Segunda Edición. p. 138.

se potencializaban por la condición de vulnerabilidad de los trabajadores, los cuales eran en su mayoría analfabetos, de una región muy distante del país, que no conocían los alrededores de la Hacienda Brasil Verde y estaban sometidos a condiciones inhumanas de vida.

304. Visto lo anterior, es evidente para la Corte que los trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde se encontraban en una situación de servidumbre por deuda y de sometimiento a trabajos forzosos. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal considera que las características específicas a que fueron sometidos los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 sobrepasaban los extremos de servidumbre por deuda y trabajo forzoso, para llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud establecida por la Corte (supra párr. 272), en particular el ejercicio de control como manifestación del derecho de propiedad. En ese sentido, la Corte constata que: i) los trabajadores se encontraban sometidos al efectivo control de los gatos, gerentes, guardias armados de la hacienda, y en definitiva también de su propietario; ii) de forma tal que se restringía su autonomía y libertad individuales; iii) sin su libre consentimiento; iv) a través de amenazas, violencia física y psicológica, v) para explotar su trabajo forzoso en condiciones inhumanas. Asimismo, las circunstancias de la fuga emprendida por los señores Antônio Francisco da Silva y Gonçalo Luiz Furtado y los riesgos enfrentados hasta denunciar lo ocurrido a la Policía Federal demuestran: vi) la vulnerabilidad de los trabajadores y vii) el ambiente de coacción existente en dicha hacienda, los cuales viii) no les permitían cambiar su situación y recuperar su libertad. Por todo lo anterior, la Corte concluye que la situación verificada en la Hacienda Brasil Verde en marzo de 2000 representaba una situación de esclavitud.

[...]

342. Por todo lo anterior, Brasil no demostró haber adoptado, respecto del presente caso y al momento de los hechos, las medidas específicas, conforme a las circunstancias ya conocidas de trabajadores en situación de esclavitud y de denuncias concretas contra la Hacienda Brasil Verde, para prevenir la ocurrencia de la violación al artículo 6.1 constatada en el presente caso. El Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de la denuncia de esclavitud y violencia realizada por Gonçalo Luiz Furtado y Antônio Francisco da Silva, con gran sacrificio y riesgo personal, dejando perder horas y días valiosos. En el período entre la denuncia y la inspección, el Estado no logró coordinar la participación de la Policía Federal activamente en la referida inspección, más allá de la función de protección del equipo del Ministerio del Trabajo. Todo esto demuestra que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente la forma contemporánea de esclavitud constatada en el presente caso y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a ese tipo

de violación. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado y a las obligaciones impuestas en virtud del artículo 6.1 de la Convención Americana y específicamente derivadas del carácter de *jus cogens* de esta prohibición.

343. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, en violación del artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 475 Ministerio de Trabajo y Empleo. Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo, 2011, pág. 13 (expediente de prueba, folio 6714). 476 OIT – Brasil. Combatendo o trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil, 2010, pág. 2010 (expediente de prueba, folio 8529). 90 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia. Adicionalmente, respecto del señor Antônio Francisco da Silva esa violación ocurrió también en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, por ser niño al momento de los hechos. Finalmente, Brasil es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia.²

A lo antes expuesto, debemos agregar que la OIT en el Convenio 95 sobre protección del salario estableció que el salario de los trabajadores debía ser pagado en dinero, prohibiendo el pago con: (i) pagarés; (ii) vales; (iii) cupones; o (iv) cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal.

Por su parte, en el artículo 91 de la CRBV el constituyente determinó que el salario debe ser pagado en moneda de curso legal, por lo tanto la prohibición de emplear el *truck system* tiene rango constitucional, por lo que sería posible sostener que en Venezuela no se puede pagar el salario en criptomonedas o con monedas comunales, sin que ello conlleve a que se pueda sostener que no es posible pagar el salario en divisas, situación estudiada por Héctor Jaime Martínez, quien considera:

Sólo dos cambios se observan en la definición de salario del 104 LOTTTT. El primero sólo es formal, pues mientras la LOT exigía que la remuneración, provecho o ventaja, constitutiva del salario, pudiera ser evaluado en efectivo,

2. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf].

como lo dice igualmente el Convenio 95, la norma vigente exige que se pueda evaluar en moneda de curso legal. Quizá el cambio vaya un poco más allá de la simple cuestión terminológica y al establecer que sólo se puede evaluar en moneda de curso legal se haya pretendido limitar la posibilidad de establecer el salario en moneda extranjera que no es de curso legal en el país, de acuerdo a lo establecido en los convenios cambiarios que regulan el sistema de control de cambio. Esto afectaría notablemente las contrataciones de los trabajadores internacionales cuya remuneración generalmente se establece en moneda extranjera.³

Por otra parte, la Comisión de Expertos de OIT, cuando estudió el Convenio 95 de la OIT, consideró:

66. El párrafo 1, artículo 3 del Convenio establece el principio según el cual los salarios que deban pagarse en efectivo se pagarán exclusivamente en moneda de curso legal. Esta disposición tiende a garantizar que el trabajador reciba el salario de manera que pueda cambiarlo de manera inmediata por los bienes que desee y convertirlo libremente a otras monedas.

[...]

73. Resulta interesante preguntarse si una disposición jurídica que autorice el pago del salario de los trabajadores en una moneda extranjera sería compatible con la letra y el espíritu del párrafo 1 del artículo 3 del Convenio. En opinión de la Comisión, la noción de «moneda de curso legal» no debería limitarse necesariamente en tal caso a la moneda que tiene curso legal de acuerdo con la definición nacional de cada Estado ratificante. Esta noción puede cubrir otras monedas generalmente aceptadas como monedas de curso legal en el plano internacional y que, sujetas a la legislación nacional en materia de cambio, pueden convertirse de manera inmediata y libremente en la moneda nacional del país interesado. En efecto, la Comisión considera que ningún elemento del Convenio impide a los Estados Miembros establecer que, a los fines de los contratos de trabajo, los convenios colectivos o el pago de salarios, las monedas convertibles sean consideradas monedas de curso legal.⁴

Por lo tanto, teniendo en consideración la discusión que existe sobre la forma de entender cuando se considera que el patrono paga el salario en moneda de curso legal, y la evolución de los métodos de pago del salario, es que a continuación procedemos a realizar una serie de consideraciones.

-
3. JAIME MARTÍNEZ, Héctor. Armando. La Regulación del Salario en la LOTTTT. En: *Revista de Derecho del Trabajo*. Fundación Universitat. Barquisimeto, 2012. p. 65 y 66.
 4. [<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-iii-1b.pdf>].

1. PAGO DEL SALARIO EN DIVISAS

El artículo 123 del DLOTTT prevé que el salario deberá ser pagado en moneda de curso legal, por lo que algunas personas consideran que no es posible pagar el salario en divisas, porque entienden que la referencia a moneda de curso legal, sólo puede ser entendida como que el salario debe ser pagado en bolívars.

Sin embargo, se debe tener en consideración que en el artículo 147 del DLOT se establecía que “el salario deberá pagarse en dinero efectivo”, situación que reconoce la prohibición del *truck system* contemplada en el artículo 3 del Convenio 95 de la OIT, por cuanto lo prohibido es pagar el salario en: (i) pagarés; (ii) vales; (iii) cupones; o (iv) mercancía, fichas o cualquier otro signo con que quiera sustituirse la moneda.

Como vemos, antes de la entrada en vigencia del artículo 123 del DLOTTT, resultaba claro que en Venezuela se podía pagar el salario en cualquier moneda, por lo que resultaba legal pagar el salario en divisas, situación que deriva en que no se deba entender que la reforma de la norma, conlleva una restricción en la interpretación que se realizaba bajo la vigencia del DLOT, por cuanto ello podría ser entendido como una violación de la progresividad de los derechos de los trabajadores, lo que derivaría en una violación del numeral 1 del artículo 89 de la CRBV.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que aún bajo la vigencia del artículo 123 del DLOTTT, la intención del legislador es que el salario sea pagado en dinero, por cuanto la prohibición sólo se encuentra referida al *truck system*, más aún cuando expresamente se dispone que no se podrá pagar el salario en “mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda”.

Así, a pesar que en el artículo 123 del DLOTTT se utiliza el término moneda de curso legal, cuando se regula la prohibición del *truck system* se emplea el término moneda, por lo que es evidente que la intención del legislador es que el salario sea pagado en moneda (dinero).

Sin embargo, como en el artículo 318 de la CRBV y en el artículo 106 DLOBCV se establece el bolívar como la unidad monetaria de Venezuela, es que algunos consideran que bolívar es la moneda de curso legal.

Sobre el particular, encontramos que César Carballo Mena sostiene:

- v. Por último, el pago del salario en moneda de curso legal, según lo prescrito en los artículo 91 de la CRBV y 3 del Convenio N° 95 de la OIT, supone –como resulta evidente– la proscripción del pago de aquella prestación en moneda

ilegítima o retirada de circulación, esto es, distinta al bolívar o a la moneda que rigiere oficialmente en el país.⁵

Por su parte, José Melich Orsini cuando estudia el tema del pago en moneda extranjera, expresa:

Puede resumirse todo esto en la aseveración de que el bolívar es en nuestro país la única moneda de “curso legal”, pero no de “curso forzoso”: Se pueden, pues, pactar monedas extranjeras como moneda de pago, en cuyo caso el deudor para liberarse de su obligación debe entregar exactamente dicha moneda en la cantidad numéricamente expresada en el contrato.⁶

Mientras que James Otis Rodner, considera:

En Venezuela la moneda extranjera se puede libremente fijar como moneda de pago. Así, si el lugar de pago es en Venezuela y se ha fijado el dólar como moneda de pago, el deudor sólo se libera entregando a su acreedor dólares. Con el control de cambio vigente (2003), esto sin embargo representa una dificultad.⁷

De igual forma, tenemos que Rafael Alfonso Guzmán cuando estudia la posibilidad de pagar el salario en divisas, expone:

Descartamos el supuesto de los empleado cuya remuneración fue pactada en moneda extranjera, en que, porque haberlo previsto las partes, o ser previsible por ellas la fluctuación del valor cambiario de la moneda extranjera como pago de los servicios, la regla *pacta sunt servanda* conduce a pensar en que la obligación a cargo del empleador debe continuar siendo cumplida en la forma convenida, a pesar del mayor sacrificio económico que para el deudor su cumplimiento represente.⁸

-
5. CARBALLO MENA, César Augusto. El Régimen del Salario en la Constitución de la República. En: *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*. Tomo I. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2001. p. 117.
 6. MELICH ORSINI, José. El Pago en Moneda Extranjera y el Vigente Control de Cambio. En: *Estudio de Derecho. Estudios de Derecho Privado*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004. p. 324.
 7. OTIS RODNER, James. Ley Aplicable a la Estipulación en Moneda Extranjera. En: *Estudio de Derecho. Estudios de Derecho Privado*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004. p. 276.
 8. ALFONZO GUZMÁN, Rafael Jacob. *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo*. Tomo II. Cátedra de Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la

Asimismo, Luis Alejandro Aguilar cuando estudia la distinción entre moneda de curso legal y el signo monetario, señala:

El propósito de esta distinción consiste en aclarar que por moneda se entiende tanto el billete como la moneda metálica, pero que son estos últimos los que gozan de curso legal. El signo monetario bolívar no tiene *per se* curso legal ni este concepto tiene que ver con el signo monetario.⁹

Inclusive, José Alfredo Giral Pimentel cuando estudia el control de cambio, nos enseña:

[...] Como la norma constitucional se refiere sólo al curso legal, se debe concluir que la referencia no es sólo al bolívar, porque de esa manera se favorece la validez de un mayor número de contratos de trabajo...En vista de todo lo dispuesto, sostenemos que los contratos de trabajo que establecen salarios en moneda extranjera son válidos.¹⁰

Adicionalmente, se tiene que tomar en cuenta que en literal a) del artículo 17 del RLOT, se establece que el patrono debe pagar el salario en los términos y condiciones vigentes en la empresa, por lo que para el supuesto que se acuerde el pago del salario en divisas, se entendería que esos son los términos y condiciones pactados por las partes, aplicando inclusive lo dispuesto en el artículo 128 del DLOBCV, cuando establece que por convenio entre las partes las obligaciones pueden ser asumidas y pagadas en divisas.

En vista de lo anterior, consideramos que a los efectos de las normas laborales, se debe entender el término “moneda de curso legal”, en el sentido de pagar el salario en dinero, por la prohibición del *truck system*, que impera en el ordenamiento jurídico de Venezuela.

Por lo tanto, no creemos que en Venezuela se encuentre prohibido el pago del salario en divisas, a pesar que en el artículo 3 del DLRCI se establece el bolívar como moneda de curso legal, porque la prohibición sólo se encuentra orientada

Universidad Central de Venezuela y Asociación Venezolana de Abogados Laboralistas. Caracas, 2009. Tercera Edición. p. 488.

9. AGUILAR, Luis Alejandro. La Tasa de Cambio para el Cálculo de los Enriquecimientos en Dólares a los Efectos del Impuesto Sobre la Renta. En: *Revista de Derecho Público* N° 19. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984. p. 25.
10. GIRAL PIMENTEL, José Alfredo. *Ley Contra los Ilícitos Cambiarios y Contratos en Moneda Extranjera*. El Nacional. Caracas, 2006. p. 52.

a que no se puede pagar el salario en: (i) mercancías; (ii) vales; (iii) fichas; o (iv) cualquier otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda.

Inclusive, el hecho que en el ordenamiento jurídico se establezca que el salario debe ser pagado con base en la moneda de curso legal, no conlleva a que el mismo debe ser pagado obligatoriamente en bolívares, porque podría ser posible que las partes acuerden el pago del salario en divisas.

De hecho, es una realidad que en el mundo actual, el servicio que prestan los trabajadores es recibido en otros países, por lo que a pesar que el servicio sea ejecutado en Venezuela, la prestación final estaría siendo recibida en el extranjero (como ocurre en el caso del teletrabajo), supuesto en el que sería cuestionable que un trabajador venezolano reciba el pago de su salario en bolívares, más aún en una realidad en la que la moneda local pierde valor constantemente.

También se debe considerar a los trabajadores que por sus funciones, prestan sus servicios en diferentes países, a pesar que la sede física de su oficina se encuentra en Venezuela, a lo que debemos agregar los trabajadores del servicio diplomático de los países que tienen sede diplomática en Venezuela.

De igual forma, se deberá considerar la situación de las personas que son contratadas en el marco de los Convenios Internacionales que suscribe Venezuela con otros países, para desarrollar proyectos y obras en el país.

Como vemos, es claro que existe un amplio espectro de trabajadores que podrían recibir el pago de su salario en divisas como justa compensación por el servicio prestado, pero además debemos agregar la situación de los trabajadores venezolanos que realizan las mismas funciones que un trabajador extranjero, por lo que bajo la aplicación del principio de igual salario por igual trabajo previsto en el artículo 109 del DLOTTT, podrían tener derecho al pago del salario en divisas, como ocurre en el supuesto de los trabajadores aeronáuticos o los trabajadores marítimos. En efecto en el artículo 248 del DLOTTT se reconoce la posibilidad que tiene el trabajador marítimo de recibir el pago en divisas

Ahora bien, en lo que respecta a la forma de implementar el pago del salario en divisas, encontramos las siguientes:

- i. Que el salario sea pagado por una sociedad extranjera en una cuenta en el extranjero.
- ii. Que el pago del salario en divisas se encuentre sujeto a un contrato de asistencia técnica entre la sociedad local y la sociedad extranjera, y que el pago sea realizado en el extranjero por la sociedad extranjera.
- iii. Que sea suscrito un contrato de asesoría entre el patrono y el trabajador, que origine el pago del salario en divisas, siendo pagado por el patrono en la cuenta que sea fijada por el trabajador.

- iv. Que sea acordado un “contrato paquete”, en el que se establezca el pago del salario en divisas, determinando que el pago incluye todos los beneficios laborales.
- v. Que se realice el pago de un bono bimensual o trimestral, que se encuentre vinculado a las metas de la organización, siendo realizado el pago en la cuenta que el trabajador indique, supuesto en el que el patrono sería el pagador.
- vi. Que se realice el pago de una parte del salario en bolívares, y la otra parte sea realizada en divisas, en la cuenta que el trabajador manifieste, siendo el patrono el pagador.

Sin embargo, para el supuesto que el patrono decida pagar el salario en divisas, podrían existir los siguientes riesgos:

- i. Para el supuesto que una sociedad extranjera vinculada al patrono sea quien realice el pago del salario en divisas, el trabajador podría alegar la existencia de un grupo de empresas, por lo que podría sostener que la sociedad extranjera es solidariamente responsable con el patrono.

En el supuesto que el trabajador reclame la solidaridad laboral de los miembros del grupo de empresas transnacional, no sería aplicable la solidaridad laboral bajo la posición asumida por la SCS del TSJ en la sentencia n° 305 dictada en fecha 16 de abril de 2012 en el caso: *Crawford Venezuela Ajustadores de Pérdidas, C.A.*¹¹ que fuera ratificada en la sentencia n° 33 dictada por la SCS del TSJ en fecha 28 de febrero de 2013 en el caso: *Asea Brown Boweri (ABB), C.A.*¹².

- ii. Bajo el escenario que sea suscrito un contrato de asesoría entre las partes de la relación laboral, el trabajador podría alegar que las cantidades de dinero que devengó por el referido contrato, forman parte del salario de base de cálculo, para el pago de todos los beneficios laborales, que se originaron con ocasión de la relación laboral, supuesto reconocido por la SCS del TSJ en la sentencia N° 1792 dictada en fecha 13 de diciembre de 2005 en el caso: *Wood Group Pressure Control, C.A.*¹³
- iii. En el caso que sea suscrito un “contrato paquete”, el trabajador podría alegar que no le fueron pagados los beneficios laborales durante la relación laboral, por ello sería indispensable indicar todos los beneficios laborales que serían pagados en divisas, para disminuir el riesgo del

11. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/abril/0305-16412-2012-10-425.HTML>].

12. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/0033-28213-2013-10-1473.HTML>].

13. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1792-131205-051049.HTM>].

reclamo y una condena contraria a los intereses del patrono, además de documentar debidamente el “contrato paquete” que sería firmado entre las partes.

- iv. En el escenario que el patrono decida pagar un bono bimensual o trimestral en divisas, que sea pagado con regularidad y permanencia, existiría el riesgo que la autoridad competente estime que las cantidades de dinero devengadas por el trabajador son salario normal, pero consideramos que se puede sostener que se trata de un pago accidental, que sólo puede ser entendido como salario accidental, porque se encuentra sometido a las condiciones que establezca el patrono.
- v. Adicionalmente, la autoridad competente podría sostener que el pago del bono bimensual o trimestral, tiene carácter de salario variable, lo que tendría efecto en el pago de los días de descanso y feriados, con su respectivo efecto en el pago de todos los beneficios laborales. No obstante ello, consideramos que el pago de un bono bimensual o trimestral, no conlleva a que un trabajador devengue un salario variable, como lo reconoció la SCS del TSJ en la sentencia n° 542 dictada en fecha 27 de junio de 2017 en el caso: *Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela*¹⁴.
- vi. Asimismo, en el supuesto que el trabajador reclame el pago que recibiría en divisas como parte del salario que devengaba con ocasión de la relación laboral, con el respectivo impacto en los beneficios laborales, la tasa de cambio que debería ser utilizada por el Tribunal para determinar la condena, tendría que ser la tasa histórica. Ahora bien, podría existir el riesgo que el Tribunal estime el cambio de las divisas a bolívares con base en la tasa fijada en el DICOM.

En este sentido, tenemos que la SCS del TSJ en la sentencia n° 1513 dictada en fecha 17 de diciembre de 2012 en el caso: *Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A.*¹⁵, ratificada en la sentencia n° 411 dictada por la SCS del TSJ en fecha 17 de julio de 2015 en el caso: *Boc Gases de Venezuela, C.A.*¹⁶, considera que la tasa de cambio que se debe utilizar a los efectos de estimar el impacto en los beneficios laborales de las cantidades de dinero pagadas en divisas, debería ser la tasa histórica.

14. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/200363-0543-27617-2017-16-838>. HTML].

15. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1513-171212-2012-11-880>. HTML].

16. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/178563-0411-17615-2015-11-1515>. HTML].

Por último, la SCC del TSJ en la sentencia N° RC 831 dictada en fecha 14 de diciembre de 2017 en el caso: *Sociedad Médicos Unidos Los Jabillos, C.A.*¹⁷, consideró que se debe utilizar la tasa fijada en el DICOM, cuando se trate de una obligación en divisas que fuera contraída con posterioridad a la entrada en vigencia del control de cambio. Adicionalmente, la SCC en la sentencia N° RC 216 dictada en fecha 4 de mayo de 2018 en el caso: *Cerdex, C.A.*¹⁸, consideró que debido a la existencia de un control de cambio el deudor sólo se puede liberar de la obligación pagando en bolívares, porque el cumplimiento en divisas resulta imposible.

2. PAGO DEL SALARIO EN MONEDA COMUNAL

En la LOSEC se reconoce a las monedas comunales “como un instrumento alternativo a la moneda de curso legal”, por lo que con base en lo dispuesto en el artículo 52 de la LOSEC se podría sostener que el patrono no podría pagar el salario con base en una moneda comunal.

De igual forma, se debe tener en consideración que las monedas comunales sólo podrán ser utilizadas “dentro del ámbito territorial de su localidad”, por lo que un trabajador no podría adquirir bienes y servicios en un espacio geográfico diferente a la comuna en la que se reconoce la moneda comunal, por disponerlo así el artículo 54 de la LOSEC.

Adicionalmente, para la determinación del valor de la moneda comunal se requiere que el mismo sea fijado por el BCV conforme con lo dispuesto en el artículo 55 de la LOSEC en concordancia con el artículo 107 del DLOBCV.

Como consecuencia de lo anterior, resulta forzoso concluir que el patrono no puede pagar el salario usando monedas comunales, porque el propio legislador reconoció que se trata de una moneda que no tiene curso legal, por lo que el pago del salario en moneda comunal sería una violación del artículo 91 de la CRBV en concordancia con el artículo 123 del DLOTTT.

Pero lo anterior no limita la posibilidad que el patrono pueda pagar algunos beneficios laborales con monedas comunales, como podría ser el supuesto del beneficio de alimentación, en aquellas circunstancias en las cuales los mecanismos previstos en el artículo 4 del DLCSTT no puedan ser utilizados por los trabajadores para la adquisición de alimento, partiendo del supuesto que en la zona en la

17. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/206587-RC.000831-141217-2017-17-596.HTML>].

18. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/210572-RC.000216-4518-2018-17-826.HTML>].

que presta servicios el trabajador se haya implementado una moneda comunal, aplicando por analogía el artículo 5 del DLCSTT.

Asimismo, se podría evaluar el pago de beneficios sociales con carácter no salarial, utilizando como instrumento de pago las monedas comunales, porque podría ser posible que en el ámbito territorial en el que se encuentra ubicado el centro de trabajo en el que labora el trabajador se hayan implementado las monedas comunales como medio para adquirir bienes o servicios.

3. PAGO DEL SALARIO EN CRIPTOMONEDAS

La evolución de la economía derivó en que las personas utilicen las criptomonedas como medio de pago para adquirir los bienes y servicios que requieren para satisfacer sus necesidades, situación que origina el debate sobre la posibilidad de pagar o no el salario en criptomonedas.

Algunos estiman que sería factible pagar el salario en criptomonedas, porque tendrían el mismo objetivo que el dinero que recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, debido a que las mismas permiten la adquisición de bienes y servicios. Así, sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas se pronunció el TJUE en la sentencia C-264/14 dictada en fecha 22 de octubre de 2015 en el caso: *David Hedqvist*¹⁹, en la que sostuvo que las criptomonedas podrían ser consideradas de la misma forma que los “medios legales de pago”, mientras que la CFTC sostiene que las criptomonedas son *commodities*²⁰, como fuera expuesto ante la Corte del Distrito Este de Nueva York de los Estados Unidos de América en el caso: *Patrick McDonnell and Coin Drop Markets*, lo que derivó en la decisión dictada en fecha 6 de marzo de 2018, criterio que fuera expresado inicialmente en la orden dictada por la CFTC en fecha 17 de septiembre de 2015 en el caso: *Coinflip Inc*²¹, en la que expuso:

Section 1a(9) of the Act defines “commodity” to include, among other things, “all services, rights, and interests in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt in.” 7 U.S.C. § 1a(9). The definition of a “commodity” is broad. See, e.g., Board of Trade of City of Chicago v. SEC, 677 F.2d

19. [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=201161>].

20. [<https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr7702-18>].

21. [<https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr7231-15>].

1137, 1142 (7th Cir. 1982). Bitcoin and other virtual currencies are encompassed in the definition and properly defined as commodities.

Como vemos, aún no es clara la naturaleza jurídica de las criptomonedas. Sin embargo, el trabajador podría cambiar las criptomonedas en las casas de cambio por la divisa de su preferencia, en el supuesto que decida tener una posición en dinero fiduciario, una situación parecida a lo que ocurre con los planes de acciones.

En este orden de ideas, visto el auge de las criptomonedas se debe evaluar si es posible o no pagar el salario con las mismas, teniendo en consideración que el valor de ellas fluctúa conforme con las reglas que rigen el mercado de criptomonedas, situación que también afecta el Petro, por cuanto el valor del mismo estaría vinculado a la fluctuación de los *commodities*.

Debido a lo anterior, será necesario tomar en consideración el principio de seguridad del salario, para ello creemos importante traer a colación lo expresado por Juan Pró Rísquez, cuando afirma:

De acuerdo con este principio, el salario debe ser pagado independientemente de los riesgos de la empresa y de los beneficios obtenidos por el empleador. En consecuencia, el salario percibido por un trabajador tiene que ser determinado o determinable, es decir, el valor, monto o cuantía de éste debe tener certeza y seguridad, o lo que es lo mismo, no puede estar sujeto a circunstancias aleatorias o condiciones. Nada más aleatorio que el valor de las acciones en el mercado bursátil.²²

Partiendo del principio de seguridad, sería necesario sostener que el salario no podría ser pagado en criptomonedas, como consecuencia de la fluctuación de su valor, situación que no le permitiría tener certeza al trabajador sobre si la contraprestación que recibe por su servicio, realmente compensa o no el esfuerzo realizado.

Así, podría ocurrir que en el supuesto que las partes acuerden el pago en criptomonedas, el trabajador termine recibiendo un pago inferior o mayor a lo acordado, como consecuencia de la fluctuación del valor de las criptomonedas.

Ahora bien, partiendo de la idea que sostiene Luis Marcano Suárez sobre el salario, sería posible sostener que el salario se puede pagar en criptomonedas, por cuanto éste expresa:

22. PRO RÍSQUEZ, Juan Carlos. Comentarios Sobre los Planes de Adquisición de Acciones o Stock Options y su Comparación con los Principios y Caracteres Definitivos del Salario. En: *Revista de Derecho* N° 15. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005. p. 87.

En este sentido, jurídicamente, el salario se traduce a una ventaja de carácter patrimonial percibida por el trabajador como contraprestación del trabajo que realiza en condiciones de subordinación y por cuenta ajena.²³

No obstante lo anterior, consideramos que el hecho que un trabajador reciba una contraprestación por el servicio que presta para su patrono, ello no lo convierte en salario, porque sería necesario evaluar si efectivamente el pago que recibe el trabajador cumple con los requisitos del salario, como ocurre en el supuesto de los planes de acciones que no tienen carácter salarial, como fuera reconocido por la SCS del TSJ en la sentencia n° 1633 dictada en fecha 14 de diciembre de 2004 en el caso: *Abbott Laboratories, C.A.*²⁴, ratificada en la sentencia n° 877 dictada en fecha 29 de julio de 2010 por la SCS del TSJ en el caso: *Leo Burnett-Venezuela, C.A.*²⁵

Siendo así, sería necesario reformar el artículo 91 de la CRBV y el artículo 123 del DLOTTT, para que en Venezuela sea posible pagar el salario en criptomonedas, pero mientras ello sucede, el patrono podría pagar algún beneficio laboral sin carácter salarial en criptomonedas, utilizando un esquema parecido al que es empleado en el supuesto de los planes de acciones.

Como consecuencia de lo anterior, el patrono no podrá pagar las prestaciones sociales utilizando el Petro, como sería la intención del Estado en los términos expuestos en el Papel Blanco del Petro²⁶, por lo que no será viable para los patronos utilizar el Petro como medio de pago en los términos del artículo 9 del DCCCP.

Por último, siendo que en el artículo 4 del DSC se establece que el Petro estará respaldado en *commodities*, consideramos que el pago de un beneficio laboral con base en el Petro, podría ser tratado de una forma similar a los planes de acciones reconocidos por la SCS del TSJ, lo que implicaría que el beneficio no tendría carácter salarial

4. CONCLUSIONES

- i. Que el bolívar es la unidad monetaria de Venezuela, pero que ello no puede ser entendido como que es una moneda de curso forzoso, por cuanto

23. MARCANO SUÁREZ. Luis Tadeo. El Salario Como Hecho Social de Especial Naturaleza Familiar. En: *Ensayos Laborales*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005. p. 549.

24. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1633-141204-041213.HTM>].

25. [<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/0877-29710-2010-09-1297.HTML>].

26. [http://www.elpetro.gob.ve/pdf/esp/Whitepaper_Petro_es.pdf].

es posible que las partes acuerden el pago de obligaciones en moneda extranjera, bajo la aplicación del artículo 128 del DLOBCV en concordancia con el artículo 318 de la CRBV.

- ii. Que en Venezuela se puede pagar el salario en divisas, porque lo prohibido en el artículo 91 de la CRBV y el artículo 123 del DLOTTT es pagar el salario en: (i) mercancías; (ii) vales; (iii) fichas; o (iv) cualquier signo representativo con que quiera sustituirse la moneda, porque ello constituye modalidades de *truck system*.
- iii. Que las partes deberán establecer las divisas como moneda de pago conforme con lo dispuesto en el artículo 128 del DLOBCV, por cuanto en el supuesto que las divisas sean empleadas como moneda de cuenta, el patrono podrá liberarse de su obligación pagando en bolívares el salario del trabajo, con base en la tasa de cambio vigente para la oportunidad que realice el pago.
- iv. Que el pago del salario en divisas no puede ser considerado como una violación al régimen de control de cambio que se encuentra vigente en Venezuela, por lo que las partes de la relación laboral, no podrían ser sancionadas con base en las normas que rigen los ilícitos cambiarios.
- v. Que el pago del salario en divisas podría originar riesgos tributarios, porque hay que determinar la base imponible para pagar los tributos que se originan con ocasión de la relación laboral, además se deberá establecer la moneda de pago de los tributos, que no es una situación prevista en la regulación que rige a los tributos que se originan con ocasión del vínculo laboral, como si ocurre en el supuesto de inversión extranjera.
- vi. Que las monedas comunales no son monedas de curso legal, y su valor deberá ser determinado mediante la Resolución que tiene que ser dictada por el BCV.
- vii. Que las monedas comunales podrían ser utilizadas para pagar beneficios sociales de carácter no salarial, para que los trabajadores puedan usar las mismas dentro del ámbito territorial en el que son reconocidas las monedas comunales.
- viii. Que las criptomonedas carecen del principio de seguridad, que resulta necesario para que el salario pueda ser pagado en criptomonedas.
- ix. Que en la actualidad se requiere una reforma de las normas que regulan el salario en Venezuela, para que sea posible pagar el salario en criptomonedas. Sin embargo, se pueden pagar con criptomonedas los beneficios laborales que no tengan carácter salarial.

- x. Que no se puede pagar el salario en Petro, por lo que cualquier beneficio laboral que sea pagado con base en el Petro, no podrá ser considerado salario.
-

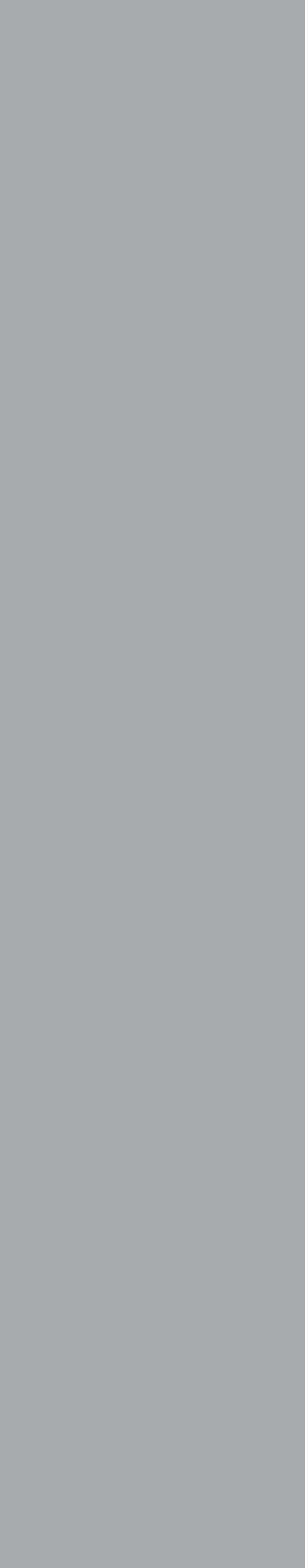
PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\72164.

Jurisprudência Comentada

Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor dos acórdãos, das sentenças e das decisões está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

TRT-4ª Reg. – Recurso Ordinário 0021070-76.2015.5.04.
0013 – 8ª T. – j. 23.05.2018 – v.u. – rel. Des. Francisco Ros-
sal de Araújo – Áreas do Direito: Processual; Trabalho.

CERCEAMENTO DE DEFESA – Nulidade – Inocorrência – Acolhimento de contradita de testemunha – Fotografias apresentadas que demonstram conversa entre as partes e as testemunhas, caracterizando a instrução – Necessidade, ademais, de privilegiar a valoração da prova pelo juiz de piso.

Veja também Jurisprudência

- RT912/938 (JRP\2011\3781) e RDT 151/229 (JRP\2013\1571).

Veja também Doutrina

- Impedimento ou suspeição da testemunha no processo do trabalho, de Sonia Cristina Scaquetti – RDT 153/181-197 (DTR\2013\10119); e
- O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório, de Clarissa Diniz Guedes e Stela Tannure Leal – Re-Pro 240/15-39 (DTR\2015\805).

Identificação

PROCESSO n° 0021070-76.2015.5.04.0013 (RO)
RECORRENTE: OLGA DE FATIMA DE LIMA BACHMANN
RECORRIDO: LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA
RELATOR: FRANCISCO ROSSAL DE ARAUJO

EMENTA

CONTRADITA. TESTEMUNHA INSTRUÍDA. FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS. VALORAÇÃO DA PROVA PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. Mesmo que não haja impedimento sobre conversa ordinária entre as testemunhas e as partes litigantes, fato demonstrado pelas fotografias apresentadas pela reclamada em audiência, tem-se que o conteúdo da conversa configurou a instrução das testemunhas. Ainda que se concorde com o argumento da parte autora, no sentido de que a isenção de

ânimo tem que restar demonstrada, não podendo ser meramente presumida, entende-se que, em estrita análise ao caso concreto, restou demonstrada a instrução das testemunhas que seriam ouvidas. Ademais, é relevante privilegiar a percepção e a sensibilidade do magistrado que produziu a prova. O juiz que colhe o depoimento analisa a prova produzida não apenas a partir das palavras frias postas no papel, mas percebendo outras nuances que compõem o valor probatório do depoimento, como a linguagem corporal, a temporalidade e a métrica da fala e mesmo o modo de se expressar. Essa percepção deve ser privilegiada na valoração da prova, razão pela qual se conclui pelo acerto da decisão. Recurso ordinário da reclamante não provido.

COMENTÁRIO

A UTILIZAÇÃO (EQUIVOCADA) DA LINGUAGEM CORPORAL PARA O INDEFERIMENTO DE PROVA ORAL DE TESTEMUNHA EM PROCESSO TRABALHISTA

THE (MISGUIDED) USE OF BODY LANGUAGE FOR THE REJECTION OF ORAL PROOF OF WITNESS IN LABOR PROCESS

O presente comentário jurisprudencial aborda a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região no Recurso Ordinário 0021070-76.2015.5.04.0013, proferida em 07 de junho de 2018, tendo Francisco Rossal de Araújo como Ministro Relator. A discussão em pauta se trata da valoração da prova pelo juiz, especificamente em relação à prova testemunhal.

No presente caso foi apresentado recurso ordinário sob alegação de cerceamento de defesa requerendo a nulidade da sentença em função do indeferimento da prova testemunhal. A recorrente afirmou que manteve contato com as testemunhas apenas para mantê-las informadas sobre o andamento processual, mas que em momento algum houve instrução e direcionamento do que deveria ser relatado ao magistrado. A recorrente afirmou ainda que somente poderia ser indeferida a prova testemunhal se ficasse comprovado nos autos a suspeição de que elas teriam sido manipuladas para apresentar versão inverídica em juízo. Assim, com o recurso ordinário pretendia-se o retorno dos autos à origem para que fossem produzidas as provas orais e, conseqüentemente, uma nova sentença.

Na origem foi requerido a contradita das testemunhas apresentadas pela ora recorrente, tendo em vista a instrução realizada pela defensora da parte, sendo juntado aos autos fotografias da conversa, bem como a informação de que haviam se reunidos no banheiro do fórum.

O juiz da origem, ao analisar a argumentação, as fotografias e as posturas dos advogados e das próprias testemunhas, indeferiu a oitiva das testemunhas por entender haver ocorrido suas instruções sobre a causa.

A decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região sob a seguinte argumentação:

Ademais, é relevante privilegiar a percepção e a sensibilidade do magistrado que produziu a prova. O juiz que colhe o depoimento analisa a prova produzida não apenas a partir das

palavras frias postas no papel, mas percebendo outras nuances que compõem o valor probatório do depoimento, como a linguagem corporal, a temporalidade e a métrica da fala e mesmo o modo de se expressar. Essa percepção deve ser privilegiada na valoração da prova, razão pela qual se conclui pelo acerto da decisão. Nestes termos, não se identifica cerceamento de defesa pelo acolhimento da contraditória apresentada.

A presente decisão demonstra acertos e desacertos no que tange à valoração da prova oral, vejamos. Primeiramente, deve-se ressaltar que vem sendo louvável o papel pioneiro da Justiça do Trabalho em reconhecer a importância da avaliação da linguagem corporal durante a realização da coleta da prova oral. A decisão acima não foi a primeira a utilizar da percepção de detalhes não verbais para proferir uma decisão. Apesar de em ambos os casos as decisões versarem sobre o indeferimento da prova testemunhal há uma diferença fundamental entre elas: na decisão ora analisada não fora realizada a coleta da prova testemunhal (o que para nós foi um erro); já a decisão pioneira (0021322-37.2014.5.04.0006, 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, Juiz Max Carrion Brueckner) foi realizada a produção probatória e a partir da constatação de contradição entre expressões verbais e não verbais, a prova testemunhal foi indeferida.

Na presente decisão fora utilizada uma argumentação que poderá ser interpretada de maneira equivocada, uma vez que, pela maneira que foi exposta, a linguagem corporal e as expressões não verbais da testemunha sequer foram analisadas, ou seja, na contraditória foram utilizados outros meios de provas (fotografias) para então ser indeferida a oitiva testemunhal.

Perceba-se que aqui não se está repudiando a contraditória e o indeferimento da prova oral, mas a argumentação apresentada, uma vez que em momento algum fora realizada uma análise comportamental da testemunha. Já afirmava Luigi Ferrajoli que "o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é", em outras palavras, o magistrado não deveria simplesmente indeferir a prova testemunhal por ter havido o contato entre advogado e testemunha, uma vez que, se isso não tivesse ocorrido no átrio do fórum poderia ter ocorrido no escritório, na cafeteria, no interior do automóvel, como geralmente ocorre. Não se pode ignorar que, infelizmente, a instrução testemunhal é frequentemente praticada pelos operadores do direito.

A narrativa é o meio de prova mais utilizado nos processos brasileiros cabendo ao magistrado, enquanto garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais, realizar a difícil tarefa de produzir uma decisão justa, tanto para o réu quanto para a sociedade ou para a vítima.

O papel da testemunha é relatar os acontecimentos descritos no processo, não podendo fazer juízo de valor, bem como não se exige qualquer técnica para depor, mesmo que a testemunha possua conhecimentos técnicos sobre os fatos, o importante é realizar a coleta do depoimento sem qualquer valoração dos fatos². Os testemunhos são classificados como *presenciais* (ou *originais*)³ e de *referência* (ou não originais⁴). Pode-se dizer que um testemunho é original quando a pessoa depõe ante ao juiz sobre o fato questionado, ou seja, a testemunha esteve presente no momento da ocorrência

1. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 208.
2. CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 476.
3. BENTHAN, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. I. p. 177-178.
4. BENTHAN, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. I. p.33 e 177-178.

do fato. Já o testemunho não original é quando a testemunha se refere a um fato que ela não percebeu diretamente⁵. Dessa forma, a função da testemunha nos autos trata-se da narrativa dos fatos que conhece, não cabendo fazer suposições, nem emitir opiniões pessoais sobre o acontecimento.

Muito se critica a utilização da Linguagem Corporal nos processos judiciais em geral, principalmente pela possibilidade de ampliar a subjetividade (discricionariedade) do magistrado em relação à interpretação dos sinais corporais apresentados pelos narradores, e fundamentações como a apresentada nessa ação apenas fomentam a repulsa pela utilização da linguagem corporal pelos magistrados⁶, mas vale ressaltar que as narrativas podem manipular a verdade dos fatos, uma vez que, os depoimentos demonstrarão apenas uma parcela da realidade dos fatos, por essa razão é que se defende o aperfeiçoamento do operador do direito.

Uma das provas mais delicadas a serem coletadas é sem dúvida a forma de prova mais antiga de todas: a *narrativa e a linguagem corporal pessoal*. Se antes de analisar o presente tema o leitor não concordar e já tecer críticas, cabe uma análise realizada por Alexandre Moraes da Rosa: "Se você não concorda comigo, já pode ter balançado a cabeça negativamente, esbravejado, jogado o corpo para trás, mostrando, definitivamente, que estou redondamente enganado, ou não."⁷ Ou seja, a linguagem corporal "entrega" seus sentimentos, se isso ocorre contigo ao ler as próximas páginas desta pesquisa, certamente tais comportamentos podem estar presentes nas salas de interrogatórios e de audiências.⁸

A questão do subjetivismo do operador do direito poderá ser aplicada, de maneira equivocada e propositalmente, se não existir o mínimo de segurança em relação à análise da Linguagem Corporal apresentada pelos narradores e por aqueles profissionais tendenciosos, e tal postura dificilmente irá ser extirpada da sociedade jurídica brasileira. No entanto, aqueles profissionais que atuam conforme a legislação e seguindo as regras das normas fundamentais irão analisar tais apontamentos como uma possibilidade de correção de injustiças.⁹

Por essa razão deverá ser dada maior atenção à necessidade do magistrado descrever em sua decisão os comportamentos incompatíveis praticados pelas partes durante suas exposições verbais, uma vez que, apesar de sempre afirmarem da existência da "máxima da experiência", torna-se indispensável descrever o que vem a ser essas máximas. Muitas vezes a máxima da experiência do magistrado se dá exatamente por causa de um sentimento e uma sensação já experimentada no dia a dia do trabalho. Para evitar essa subjetividade tolerada pelos operadores do direito parte-se para a defesa de que, ao magistrado descrever quais foram as sensações que percebeu estar incompatível com a declaração prestada, passa a servir como uma ferramenta de combate ao subjetivismo judicial.¹⁰

5. CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 478.
6. MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. *Prova oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 194.
7. ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual. *CONJUR: Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual]. Acesso em: 24.02.2017.
8. MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. *Prova oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 89.
9. MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. *Prova oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 202.
10. MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. *Prova oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 23.

Dessa forma, para reduzir posicionamentos discricionários e subjetivos em relação à valoração das provas orais, defende-se a possibilidade e, até mesmo, a necessidade de os magistrados descreverem todos os comportamentos relevantes observados em audiência, pois o soluçar, as lágrimas, os gestos dos braços apresentados pelo interlocutor-narrador sempre acabam afetando a percepção e a valoração da narrativa.¹¹

Na decisão ora analisada diz-se o seguinte: "[...] mas percebendo outras nuances que compõem o valor probatório do depoimento, como a linguagem corporal, a temporalidade e a métrica da fala e mesmo o modo de se expressar". Em qual momento tais *nuances* foram constatadas? Caso a oitiva tivesse sido realizada seria possível identificar certas linguagens não verbais, demonstradas no momento do depoimento, através de gestos e expressões corporais que serão gravadas e arquivadas pelo Judiciário.

Em sendo a instrução testemunhal uma prática comum no Brasil, melhor seria que os operadores do direito (juizes, promotores de justiça, defensores públicos, advogados etc.) melhorassem suas técnicas de investigação e de observação para constatarem durante a realização do depoimento as referidas nuances e a partir delas comprovarem que as testemunhas realmente foram instruídas ou que estavam apresentando informações parciais e tendenciosas.

Diversos juizes já vêm utilizando em suas decisões relatos a respeito das falsas memórias e, principalmente, das expressões corporais das testemunhas e apontadas no momento em que relatavam o fato discutido. Todas as decisões citadas neste comentário demonstram que a simples palavra narrada pela pessoa, por vezes, não expõe todo seu significado, ou seja, "o corpo fala", o corpo contradiz, o corpo demonstra o que a fala procura ocultar.¹²

Dessa forma, percebe-se que as expressões corporais apresentadas em sala de audiência, principalmente, nos processos que não deixam sinais, deverão ser observados e relatados pelos Operadores do Direito em sua atuação, pois somente com a abordagem mais detalhada e esclarecida sobre a forma que chegou ao convencimento da ocorrência, ou não, de determinado fato é que poder-se-á afirmar que tal decisão não foi proferida apenas com as "máximas da experiência", mas com elementos verossímeis apresentados e arquivados nos autos.¹³

Destaca-se ainda que alguns tribunais entendem que a identidade física do juiz deverá prevalecer sempre, uma vez que somente aquele que verifica, pessoalmente, determinado comportamento poderá realmente "sentir" todo o contexto narrado pelas testemunhas ou depoentes, assim, torna-se evidente que as técnicas de coletas de depoimentos deverão ser aprimoradas evitando-se assim a discricionariedade do magistrado.

Buscou-se nessa análise aportar, com todo respeito, um equívoco realizado na argumentação para o indeferimento da coleta da prova testemunhal. Indeferir a prova oral por ter sido demonstrada por outras provas a instrução da testemunha pelo defensor é completamente distinto de indeferir a testemunha por ter verificado nuances e linguagem corporal que identificam uma indução. Em outras palavras, as duas argumentações não se confundem, não se misturam e não se complementam.

11. MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. *Prova oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 202.
12. MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. *Prova oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 222.
13. MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. *Prova oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 223.

Melhor teria sido se a coleta da prova oral fosse praticada e a partir dela fossem constatadas as expressões não verbais das testemunhas que demonstrassem estar falseando a verdade. De outra forma, caso não existissem as provas documentais (fotografias), estar-se-ia mais uma vez sendo discricionário e subjetivo.

REFERÊNCIAS

- BENTHAN, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. *Prova oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos*. Curitiba: Juruá, 2018.
- ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual. *CONJUR: Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual]. Acesso em: 24.02.2017.

PRISCILA DE OLIVEIRA MARGRAF

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Constitucional pela rede Luiz Flávio Gomes de Ensino. Bacharel em Direito pela Faculdade União – Ponta Grossa/PR. Integrante do Grupo de Pesquisa "REI – Relações Institucionais: todos os lados do art. 2º da Constituição Federal". Integrante do Grupo de Pesquisa "Núcleo Jurídico de Pesquisa: questão ambiental, gênero e condição de pobreza". Professora de Teoria do Direito, Metodologia Científica e Hermenêutica Jurídica nas Faculdades Integradas dos Campos Gerais (CESCAGE). Parecerista da revista Aporia Jurídica. Pesquisadora. prof.priscilamargraf@yahoo.com.br; priscilasutil@yahoo.com.br

ALENCAR FREDERICO MARGRAF

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pelo Instituto Busato de Ensino. Pós-Graduado lato sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Membro efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (maio-2013/maio-2015). Pesquisador. alencarmargraf@yahoo.com.br

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário da reclamante.

Intime-se.

Porto Alegre, 23 de maio de 2018 (quarta-feira).

RELATÓRIO

Inconformada com a sentença de id 64f5a1b, que julgou a ação improcedente, recorre ordinariamente a reclamante, conforme razões de id 7649c2e.

Alega cerceamento de defesa, requerendo a declaração de nulidade da sentença.

Custas processuais dispensadas diante da gratuidade de justiça.

A reclamada deixa de apresentar contrarrazões.

Pelo contexto fático do processo (alegações e provas), verifica-se que a parte autora desempenhava as funções de recepcionista e que o contrato de trabalho se iniciou em 05/03/2012.

Sobem os autos a este Tribunal para julgamento, sendo distribuídos a este Relator.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Cerceamento de defesa. Contradita de testemunha.

A reclamante interpõe recurso ordinário, alegando cerceamento de defesa (id 7649c2e). Aduz que confessou que manteve diálogo com as testemunhas o que, entretanto, não é vedado por lei. Alega que apenas informou as testemunhas sobre o que se tratava o processo, bem como o que seria perguntado em juízo. Refere que o teor da conversa não revela nenhum tipo de instrução que pudesse trazer a suspeição ou entendimento das testemunhas. Destaca que a isenção de ânimo da testemunha é presumida, devendo ser robustamente provada a sua falta, o que não ocorreu nos autos. Nestes termos, entende que houve cerceamento de defesa em razão do indeferimento de testemunhas, requerendo o retorno dos autos à origem para produção de prova oral e nova prolação de sentença.

Foi acolhida a contradita de testemunhas pelos seguintes fundamentos (id a518045):

A reclamada apresenta contradita ao argumento de que a autora, antes da presente audiência, estava instruindo as testemunhas, falando do processo e, para tanto, apresenta a este juízo, neste ato, fotografias comprovando que a autora estava conversando com as testemunhas no ático desta Vara antes da audiência, e que foi com as testemunhas ao banheiro. As fotografias foram apresentadas, também neste ato, ao procurador da autora, que nada opôs.

Registre-se que a reclamante declarou que conversou com suas testemunhas, explicando o que era o presente processo, dizendo para suas testemunhas aquilo que a autora achava que seria perguntado por este juízo. Que efetivamente conversou com suas testemunhas antes da audiência, foram juntas ao banheiro, e que também soube que a reclamada perguntou quem eram as testemunhas da autora.

Registre-se que a reclamada apresentou, neste ato, fotografias tiradas pelo celular da preposta, onde se vê a autora efetivamente conversando com as testemunhas.

Face as declarações da própria autora, deixa-se de ouvir as testemunhas da autora, ficando evidente que as mesmas foram instruídas pela autora. A autora protesta.

Mesmo que não haja impedimento sobre conversa ordinária entre as testemunhas e as partes litigantes, fato demonstrado pelas fotografias apresentadas pela reclamada em audiência, tem-se que o conteúdo da conversa configurou a instrução das testemunhas, vez que referente ao objeto do que seria perguntado em juízo.

Ainda que se concorde com o argumento da parte autora, no sentido de que a isenção de ânimo tem que restar demonstrada, não podendo ser meramente presumida, entende-se que, em estrita análise ao caso concreto, restou identificada a instrução das testemunhas que seriam ouvidas.

Ademais, é relevante privilegiar a percepção e a sensibilidade do magistrado que produziu a prova. O juiz que colhe o depoimento analisa a prova produzida não apenas a partir das palavras frias postas no papel, mas percebendo outras nuances que compõem o valor probatório do depoimento, como a linguagem corporal, a temporalidade e a métrica da fala e mesmo o modo de se expressar. Essa percepção deve ser privilegiada na valoração da prova, razão pela qual se conclui pelo acerto da decisão.

Nestes termos, não se identifica cerceamento de defesa pelo acolhimento da contradita apresentada.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso ordinário da reclamante.

2. Prequestionamento

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados, ainda que não expressamente mencionados na decisão, nos termos da OJ 118 da SDI-I TST e da Súmula nº 297 do TST.

FRANCISCO ROSSAL DE ARAUJO

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO (RELATOR)

DESEMBARGADOR GILBERTO SOUZA DOS SANTOS

DESEMBARGADOR MARCOS FAGUNDES SALOMÃO

TRT-4ª Reg. – Recurso Ordinário 0020157-29.2013.5.04.0025 – 7ª T. – j. 20.04.2017 – v.u. – rel. Des. Carmen Izabel Centena Gonzalez – Área do Direito: Trabalho.

JORNADA DE TRABALHO – Regime compensatório semanal – Inadmissibilidade – Hipótese de prestação de trabalho suplementar habitual que desvirtua a finalidade da compensação de horários – Pagamento de adicional de hora extra que se impõe.

Jurisprudência em sentido contrário

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2008\3409 e JRP\2008\3593.

Veja também Doutrina

- Banco de horas: limites constitucionais à sua utilização, de Carolina Silva Silvino Assunção – *RDT* 194/137-153 (DTR\2018\19380); e
- Jornada de trabalho e compensação de horário, de Beatriz Brum Goldschmidt – *RDT* 84/19-22 (DTR\1993\693).

Identificação

PROCESSO n° 0020157-29.2013.5.04.0025 (RO)
RECORRENTE: JADER LUIS CHAGAS PORTO, ERICSSON GESTAO E SERVICOS DE
TELECOMUNICACOES LTDA
RECORRIDO: JADER LUIS CHAGAS PORTO, ERICSSON GESTAO E SERVICOS DE
TELECOMUNICACOES LTDA
RELATOR: CARMEN IZABEL CENTENA GONZALEZ

EMENTA

REGIME COMPENSATÓRIO SEMANAL. TRABALHO SUPLEMENTAR HABITUAL. INVALIDADE. Constatada a prestação de trabalho suplementar habitual, resta desvirtuada a finalidade do regime de compensação de horários semanal sendo devido o pagamento do adicional de hora extra em relação às trabalhadas para fins de compensação do sábado.

COMENTÁRIO

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO:
NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR
DIANTE DOS POSSÍVEIS DANOS CAUSADOS PELAS ONDAS ELETROMAGNÉTICAS**

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, julgando recursos ordinários interpostos por determinado empregado e seu respectivo empregador, com relação ao pleito recursal obreiro de reforma da decisão de primeiro grau a respeito do indeferimento da condenação da empresa ao pagamento de adicional de insalubridade, conheceu e negou provimento, mantendo, por unanimidade, a decisão do juízo original.

Trata-se de uma reclamação trabalhista na qual, nesse específico aspecto, restou assentado, entre as atribuições diárias do empregado, as seguintes: "realizar visitas a pátios de instalações de antenas de celular das empresas de telefonia", "ia nos locais de instalação das antenas, fazia de verificação checklist de pendências no site e na torre"; "prendia cabo de fibra ótica, fixando-o com presilhas de plástico"; "subia na torre pela escada", "auxiliava na retirada das cabines dos sites"; "abria as portas dos sites para os terceiros e avaliava qual cabine seria retirada", "atuou na implantação de sites de telefonia celular, integração de sistemas e equipamentos existentes nos sites" e "instalação de antenas para Base de Transmissão de Sinais – BTS, realizando serviços de: manutenção preventiva de equipamentos, implantação de site de antenas, instalação de antenas, integração de torres ou antenas BTS, instalação de equipamentos e dispositivos (fontes de alimentação, baterias), inspeção e medições carga, verificação de pendências da instalação cumprindo checklist".

Não obstante a constatação de tais atividades diárias, a perícia técnica realizada no processo conclui que – por não ter havido labor com geradores, produto químico ou exposição a sistema elétrico de potência – não houve exposição a condições insalubres ou perigosas de trabalho, conclusão que foi acatada tanto pelo juízo de primeiro grau quanto pelo Tribunal Regional do Trabalho.

O teor dessa decisão e sua compatibilidade com as modernas teorias da responsabilidade civil, a luz dos atuais conceitos de risco e princípio da precaução no contexto do mundo contemporâneo (ou pós-moderno) serão estudados a seguir, com intuito de contribuir com o debate sobre o tema.

A priori, se faz necessário aprofundar-se na compreensão sobre as ondas eletromagnéticas e sobre os efeitos que podem produzir no corpo humano.

Ato contínuo, serão constatadas as características sociais atuais e seus reflexos na responsabilidade civil para, ao final, com foco no princípio da precaução, meditar sobre sua aplicabilidade nas relações de trabalho.

1. ONDAS ELETROMAGNÉTICAS E SEUS EFEITOS

As ondas eletromagnéticas, descobertas por Michael Faraday¹⁻² e explicadas matematicamente por James Clerk Maxwell³ no Século XIX, são, como ensina Roberta Catalano⁴, ondas formadas por radiação

1. JAMES, F. A. J. L. (Ed.). *The correspondence of Michael Faraday*. Stevenage: Institution of Electrical Engineers, 1991. v. 1.

eletromagnética que se propagam no espaço pelos campos elétricos e magnéticos através de um movimento oscilatório que constitui um campo eletromagnético. A frequência de oscilações é subdividida em radiações eletromagnéticas ionizantes (IR) e radiações eletromagnéticas não ionizantes (NIR), possuindo as primeiras a capacidade de produzir ionização da matéria cruzada que, nas palavras da doutrinadora italiana, significam "a variação do número de cargas elétricas presentes nos átomos". Ainda sob a ótica da frequência, são denominados diversos tipos de ondas, tais quais, rádio, micro-ondas, terahertz, infravermelho, luz visível, ultravioleta, raios X e raios gama.

Com o desenvolvimento científico e prático das teorias de Faraday e Maxwell, diversas outras descobertas científicas possibilitaram a utilização em massa das ondas eletromagnéticas para propagação de dados, sendo uma das bases fundantes de todo o sistema de informação contemporâneo.

Ocorre que, não obstante os benefícios – inegáveis – que trouxeram para a humanidade e para a evolução do homem como sociedade, hodiernamente têm surgido cada vez mais novas pesquisas concluindo que as ondas eletromagnéticas causam efeitos danosos ao corpo humano e aos demais seres vivos.

No campo do Direito do Trabalho tais efeitos já são reconhecidos. Basta verificar, *verbi gratia*, os termos do Anexo 5 "Radiações ionizantes" e Anexo 7 "Radiações não ionizantes" da Norma Regulamentadora – NR 15 do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, da Orientação Jurisprudencial 345 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho – TST que trata sobre "Radiação ionizante ou substância radioativa".

Todavia, no presente estudo, não se faz análise das radiações ionizantes e não ionizantes já reconhecidas como impactantes sob a ótica do regramento do MTE. Serão debatidos os efeitos prejudiciais relativamente desconhecidos que as ondas eletromagnéticas causam ao corpo dos trabalhadores e os instrumentos jurídicos adequados para sua proteção.

A poluição eletromagnética, sobretudo no ambiente ocupacional no qual o contato é mais constante, pode causar diversos tipos de moléstias⁵, tais quais, como reconhecido pela Organização Mundial

2. Para maiores informações sobre o histórico da pesquisa científica de Michael Faraday, consultar a obra e bibliografia indicada em DIAS, Valéria Silva; MARTINS, Roberto de Andrade. Michael Faraday: o caminho da livraria à descoberta da indução eletromagnética. *Ciência & Educação*, v. 10, n. 3, p. 517-530. 2004.
3. MAXWELL, James Clerk. Transactions of the Cambridge Philosophical Society, 10.12.1856, republicado in W.D. Niven. The Scientific Papers of James Clerk Maxwell, 2 v. Cambridge University Press, Cambridge, 1890; reprint, 2010, v. 1. p. 155-229.
4. CATALANO, Roberta. Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela dela persona. *Elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni*. Napoli: Jovene Editore, 2005. p. 155-156.
5. Recomenda-se, para aprofundamento no tema, o estudo de DA SILVA, Alcides Leandro. *Influência de ondas eletromagnéticas oriundas de descargas atmosféricas em pessoas portadoras de prótese*. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília, 2014; REES, C.; HAVS, M. Public Health SOS: *The shadow side of the wireless revolution*. Wide Angle Health: LLC, 2009; ELTITI, S. et al. Development and evaluation of the electromagnetic hypersensitivity questionnaire. *Bioelectromagnetics*, Wiley-Liss, 2007 e; o sítio [www.bioinitiative.org/conclusions/]. Acesso em: 08.04.2018 e; DA CRUZ, Sidney Carlos. Verificação dos níveis de radiação emitidos pelas antenas das ERBs e a percepção das comunidades próximas. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

da Saúde – OMS⁶, distúrbios nervosos, dores de cabeça, perda de memória, fadiga e insônia⁷ (no aspecto fisiológico), sensações de aquecimento, erupções cutâneas e queimação ou formigamento na pele⁸⁻⁹ (no aspecto térmico), além de danificação do material genético das células atingidas¹⁰⁻¹¹ (no aspecto físico-químico) e efeitos bioelétricos¹² pelas interações elétricas entre as ondas e a eletricidade presente no interior dos corpos.

No Brasil, entre as regulamentações mais relevantes, cita-se a Lei 9.472/97, Lei 11.934/09, Norma CNEN NN 3.01 – Resolução 164/14, de março de 2014, Resoluções 303, 398 e 413 de 2010 e Diretrizes para limitação da exposição a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos variáveis no tempo até 300 GHz da Agência Nacional de Energia Elétrica.

Na esfera internacional, cita-se, nos Estados Unidos da América, o Report 86, Biological Effects and Exposure Criteria for Radiofrequency Electromagnetic Fields do National Council on Radiation Protection and Measurements – NCRP.

Na França, a Nota interministerial de 9 de maio de 2017, o Decreto 2002-775/02, a Portaria de 8 de outubro de 2003, a Lei 2010-788/10, o Decreto 2010-1207/10 e a Lei 2015-136/15.

E, na comunidade internacional, por organismos vinculados com a OMS, a Norma C95.1 – Standard for Safety Levels with Respect to Human Exposure to Radio Frequency Electromagnetic Fields, 3 kHz to 300 GHz e Norma FCC 96 – 326 do International Committee on Electromagnetic Safety – IEEE, além do Guidelines for Limiting Exposure to Time Varying Electric and Magnetic Fields do International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection – ICNIRP e, por fim, a Resolução 1815 do Conselho da Europa.

Ocorre que, diante da inexistência de estudos biológicos científicos (no campo da medicina e da biologia) definitivos e de um entendimento majoritário e conclusivo a respeito dos efeitos das ondas eletromagnéticas no corpo dos seres humanos (e via de consequência, nos trabalhadores), a limitação e controle da exposição ainda é muito incipiente.

No Brasil, como já exposto, com relação às garantias trabalhistas, abordam as radiações ionizantes expostas no Anexo 5 da NR 15 do MTE e suas respectivas regulamentações e as radiações não ionizantes expostas no Anexo 7 da NR 15 do MTE, limitando, em muito, a verdadeira proteção que o trabalhador deveria ter, frente aos possíveis riscos causados pela exposição ocupacional aos campos eletromagnéticos.

Faz-se necessária, portanto, uma rápida adaptação da compreensão trabalhista sobre o tema, sendo imperiosa para tal, primeiro, a constatação das novas características sociais e laborais decorrentes da sociedade contemporânea, para, posteriormente, relacioná-las ao Direito, especificamente com o princípio da precaução e sua aplicabilidade ao Direito do Trabalho.

6. OMS. Organização Mundial da Saúde. Marco para el Desarrollo de Estándares de CEM Basados en la Salud/Framework for Developing Health-Based EMF Standards. Trad. de Víctor Cruz Ornetta. Lima: INICTEL-UNI, 2007. p. 15.

7. *Ibidem*, p. 45.

8. DA SILVA, Alcides Leandro. *Op. cit.*, p. 5.

9. OMS. *Op. cit.*, p. 42.

10. *Ibidem*, p. 41.

11. *Idem*.

12. DA SILVA, Alcides Leandro. *Op. cit.*, p. 38.

2. NOVO CONCEITO DE RISCO E DE RELAÇÃO COM A TÉCNICA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

As mudanças provocadas pela revolução francesa, revolução industrial, enfim, pela revolução burguesa e dominação do capitalismo em relação aos demais sistemas de produção, proporcionaram uma sensível modificação nos paradigmas sociais e uma relação diferenciada do homem com a técnica.

A respeito dessas mudanças sociais, apenas citando alguns entre os inúmeros autores que estudam a realidade social atual, destacam-se as opiniões de Gilles Lipovetsky e Jean Serroy¹³ que criaram, no campo estético, o conceito de "cultura-mundo" que envolve hipercapitalismo, hipertecnização, hiperindividualização e hiperconsumo, realidade que, no aspecto filosófico, Zygmunt Bauman¹⁴ conceitua pelo termo "líquido" e, na economia, Ladislau Dowbor¹⁵, pontua estar causando uma "autêntica catástrofe em câmara lenta" pelo binômio de promoção de desigualdades/destruição do meio ambiente.

No campo das relações de trabalho, Alberto Acosta¹⁶ defende que as pessoas vivem em uma espiral interminável de produção e consumo, possuindo a tecnologia um papel determinante para manutenção desse círculo, no sentido de serem forças renovadoras das formas de desigualdade, exploração e alienação, contexto que, observado por Milton Santos¹⁷ evidencia uma verdadeira confluência da técnica com o capital, por meio de um mercado global que utiliza um sistema avançado de constantes novas técnicas, sendo, a tecnologia, um dos principais alicerces da construção da globalização.

A respeito da técnica é válido destacar as complementares constatações de Martin Heidegger e Hans Jonas, para os quais o ser humano deve "estabelecer uma relação suficientemente rica [e livre] com a essência da técnica"¹⁸, pelo seu uso ético¹⁹. O último, ainda, defende que o uso descontrolado da tecnologia causa incertezas sobre os seus efeitos futuros, podendo promover um verdadeiro sentimento de terrorismo para as gerações presentes e futuras, sendo estritamente preciso que seja adotada uma "ética do futuro"²⁰ na qual a humanidade "Aja de modo a que os efeitos da tua ação

13. LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura: mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Trad. de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 32.
14. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 17-18.
15. DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo: por que oito famílias têm mais riqueza do que metade da população do mundo?* São Paulo: Autonomia Literária, 2017. p. 36.
16. ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Trad. de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016. p. 23.
17. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento única à consciência universal*. 23. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 20 e 24.
18. HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Trad. de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 22.
19. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica*. Trad. do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006. p. 70.
20. *Ibidem*, p. 72.

sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra²¹ e que, sob sua expressão, traduz-se no "princípio responsabilidade"²².

Percebe-se que a técnica é o mote da sociedade contemporânea. A relação do ser humano com a tecnologia é que tem sido um dos alicerces de todo contexto sociocultural atual e o uso e relação em larga escala (massificada) com a tecnologia evidentemente cria riscos, entre os quais, citam-se os reflexos causados pelas ondas eletromagnéticas.

Exatamente nesse ponto é que entra o conceito de risco elaborado por Ulrich Beck²³. Ao explicar a "sociedade de risco" pela qual se passa nessa "modernidade tardia"²⁴, Beck escreve que a atual "produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos"²⁵, os quais são, nesse momento, "potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida"²⁶.

Ou seja, diferenciam-se dos riscos existentes nos períodos anteriores porque são intrínsecos ao processo de modernização. A partir do ponto em que toda evolução social passou a se pautar em um paralelo avanço tecnológico, o processo de modernização passou-se a converter "a si mesmo em tema e problema"²⁷, criando um "novo paradigma da sociedade de risco"²⁸. *Ipsis litteris*: "São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior"²⁹.

Além disso, não são mais pessoais, são globais e escapam à percepção comum, "fincando pé sobretudo na esfera das fórmulas físico-químicas"³⁰.

Portanto, forma-se uma nova arquitetura social e dinâmica política associada, sob seu entendimento, a cinco teses³¹: (1) os riscos são, por muitas vezes, irreversíveis e invisíveis, baseando-se no nível de conhecimento que se tem (ou se quer ter) sobre si; (2) com a distribuição global dos riscos, surgem situações sociais de ameaça, influenciando todos os seres vivos, em quaisquer classes sociais; (3) por esse motivo, passa a ser autorreferencial no mundo dos negócios, havendo uma canibalização econômica dos riscos; (4) pela promoção de efeitos a todas as classes sociais, a ameaça para cada uma delas é definida através de sua própria consciência, de modo que é a consciência sobre os riscos que determina e possibilita sua existência futura e; (5) a prevenção e manejo dos riscos, por todas as premissas acima, provocam uma nova reorganização de poder e responsabilidade, a qual, no âmbito das relações de trabalho, os "avanços da tecnologia da informação" e "impulsos modernizantes sociais e jurídicos" promoverão uma "reforma constitucional", uma "mudança sistêmica

21. *Ibidem*, p. 47-48.

22. *Ibidem*, p. 23.

23. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2001. p. 24.

24. *Ibidem*, p. 23.

25. *Idem*.

26. *Idem*.

27. *Ibidem*, p. 24.

28. *Idem*.

29. *Ibidem*, p. 26.

30. *Idem*.

31. *Ibidem*, p. 27-28.

do trabalho", tornando os empregos flexibilizados e mais precários³². Sistema laboral que denomina "subemprego da sociedade de risco"³³.

Não bastasse a realidade de menores garantias de direitos, ainda, se encontram desprotegidos (inconscientes/ignorantes) dos riscos causados pelo uso ocupacional das novas tecnologias com as quais são obrigados a laborar.

Diante de danos que, apesar de prováveis, não são sabidos, são incertos e futuros, os trabalhadores não possuem qualquer abrigo, restando, ao menos neste último aspecto dos riscos tecnológicos, imperativa uma reinterpretação da responsabilidade civil do empregador, sob a ótica do princípio da precaução, para conferir um mínimo de proteção à saúde daqueles que laboram em contato com ondas eletromagnéticas.

3. REINTERPRETAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O surgimento do princípio da precaução faz parte das já citadas alterações advindas com a pós-modernidade, entre as quais, modificações na interpretação da responsabilidade civil que deixou de ser puramente patrimonialista – baseada na "teoria da diferença" e "tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimonialistas" – para uma compreensão mais solidária, distributiva e fundamentada na proteção da dignidade da pessoa humana como ensina Maria Celina Bodin de Moraes³⁴.

Ou, como ensina Rogério Donnini³⁵, fundamentado na maior preocupação com a vítima e com a não ocorrência do dano, confluindo a proteção das pessoas (*iustitia proctetiva*) e o dever de não lesar (*neminem laedere*)³⁶, passando a responsabilidade civil por uma "uma nova tendência, delineada na justiça proctetiva"³⁷, que transforma o "pensamento eminentemente patrimonialista, técnico, mecânico, formal"³⁸ para um outro baseado na "*justiça distributiva*, em atenção ao princípio da solidariedade"³⁹.

E, nesse âmbito, das modernas concepções do Direito, se insere o princípio da precaução que, apesar de suas origens no Direito Ambiental, é plenamente aplicável a todas demais searas do Direito, mormente quando se aprecia a questão da responsabilidade.

32. Ibidem, p. 208.

33. Ibidem, p. 209.

34. BODIN DE MORAES, Maria Celina. In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Prefácio, XII.

35. DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2015. p. 82.

36. Ibidem, p. 80.

37. Ibidem, p. 127.

38. Ibidem, p. 128.

39. Ibidem, p. 128, grifo original.

Surgido na Alemanha sob a denominação de (*Vorsorgeprinzip*)⁴⁰ nos anos de 1970, é amplamente desenvolvido e debatido na França⁴¹⁻⁴², tendo sido expressamente positivado no Princípio 15⁴³ da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento⁴⁴ e busca assegurar, no campo do Direito Ambiental, a tutela do meio ambiente diante das novas técnicas.

Seu objetivo, como ensina Alexandre Kiss⁴⁵, é a proteção contra uma elevada possibilidade de surgimento de danos pelo uso de uma determinada técnica da qual não se tem muito conhecimento sobre seus reflexos. Já para Tiago Vinicius Zanella⁴⁶, significa uma tutela protetiva diante de riscos que, se não combatidos agora, podem causar danos irreversíveis no futuro.

40. Conforme o Parlement Européen, "Le principe de précaution est apparu en droit allemand, sous le terme de Vorsorgeprinzip (qui peut également se traduire par «principe de prévoyance»), au cours de l'élaboration de la législation sur la pollution atmosphérique dans les années 1970". PARLEMENT EUROPÉEN. Direction générale des services de recherche parlementaire. Le principe de précaution. *Définitios, applications et gouvernance*. 2015. p. 4.
41. Cita-se, em um rol exemplificativo de juristas franceses atentos ao debate sobre o princípio da precaução, os seguintes: Mathilde Boutonnet (BOUTONNET, Mathilde. *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. LGDJ, 2005. Bibliothèque de droit privé. Tome 444), Julien Cazala (CAZALA, Julien. *Le principe de précaution en droit international*. LGDJ, 2006. Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris), Jean-Pierre Dupuy (DUPUY, Jean-Pierre. *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, Paris, Seuil, 2002), François Ewald (EWALD, François. *Le principe de précaution*. Presses Universitaires de France, 2008), Olivier Godard (GODARD, Olivier. *Le Principe de Précaution dans la conduite des affaires humaines*. Éditions de la Maison des sciences de l'homme et éditions de l'INRA, 1997), Mark Hunyadi (HUNYADI, Mark. *La logique du raisonnement de précaution*. *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLII, n. 2, 2004).
42. Conforme ensina Teresa Ancona Lopez, em 2003, na França, o Tribunal de Grasse, com decisão confirmada pela Corte de Apelação de Aix em Provence em 2004, combinou a teoria da precaução com os direitos de vizinhança e determinou a retirada de uma antena de telefonia celular que emitia ondas eletromagnéticas e poderia causar danos à saúde da população local. LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, vol. 105, jan.-dez. 2010. p. 1224.
43. Declaração do Rio. Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. ONU. Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Aprovada na Conferência de 1992 da ONU sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.
44. A respeito do histórico do princípio da precaução, ver ZANELLA, Tiago Vinicius. A aplicação do princípio da precaução no direito internacional do ambiente: uma análise à luz da proteção do meio marinho. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 81, jan.-mar., 2016. p. 306.
45. KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das futuras gerações e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 22.
46. ZANELLA, Tiago Vinicius. Op. cit. p. 310.

Sob a ótica jurisprudencial, o entendimento não é diferente. Para Cármen Lúcia⁴⁷, "Pelo princípio da prevenção, previnem-se contra danos possíveis de serem previstos. Pelo princípio da precaução, previnem-se contra riscos de danos que não se tem certeza que não vão ocorrer", ao passo que, para Ricardo Lewandowski⁴⁸, aplica-se "diante de incertezas científicas" e, para Dias Toffoli⁴⁹, é um "critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos".

Trata-se, portanto, de uma interpretação *in dubio pro natura* (no Direito Ambiental) ou *in dubio pro societate* (no Direito Civil) que, fundamentada em pesquisas ainda não definitivas sobre os reflexos danosos decorrentes do uso de novas tecnologias, os presume para, mesmo inexistindo consenso absoluto sobre seus males, proteger a sociedade de eventuais irreversíveis danos futuros. Construção jurídica plenamente aplicável ao Direito do Trabalho, diante da própria concepção de meio ambiente descrita no artigo 225 da Constituição Federal – CF,⁵⁰ na qual se inclui, pela interpretação concomitante com o inciso VIII do artigo 200 da CF, o meio ambiente de trabalho.

A esse respeito, é válido mencionar a doutrina de Raimundo Simão de Melo⁵¹ para o qual, constando pela aplicabilidade do princípio da precaução nas relações de trabalho, descreve que:

O princípio da precaução é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Decorre desse princípio que mesmo na ausência da certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam evitar possível dano.

Pela sua importância, os princípios da prevenção e da precaução devem ser o norte para a apreciação das liminares e tutelas antecipadas nas ações que visem à tutela do meio ambiente do trabalho e à preservação da saúde do trabalhador, considerando-se a mera probabilidade de dano.

E, no mesmo sentido de aplicabilidade do princípio da precaução às relações de trabalho, tem sido o entendimento jurisprudencial do TST:

Recurso de embargos. Acidente de trabalho. Indenização por dano moral e material. Atividade de risco. Corte de cana. Responsabilidade objetiva. As atividades desenvolvidas pelo empregador que tragam riscos físicos ou psicológicos aos seus empregados, ainda que potenciais, impõem-lhe o dever de preveni-los. Sua abstenção ou omissão acarreta o reconhecimento da responsabilidade pelo evento danoso ocorrido, notadamente em se tratando de atividade de risco, onde se presume a culpa. A preocupação da sociedade, no que se refere às questões correlatas ao meio ambiente, às condições de trabalho, à responsabilidade social, aos valores

47. Conforme decisão proferida em relatoria da ADPF 101/DF, em sessão plenária do dia 24.06.2009.

48. Conforme voto proferido da ADI 3.510, em sessão plenária do dia 25.09.2008.

49. Conforme voto proferido no Recurso extraordinário 627.189 em sessão plenária do dia 08.06.2016.

50. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

51. MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2013. p. 57.

éticos e morais, bem como a dignidade da pessoa humana, exige do empregador estrita observância do princípio da precaução. Este princípio está a informar que, se houver ameaça de infortúnio ao meio ambiente seguro e sadio do trabalho, a ausência de absoluta certeza não deve ser utilizada como meio para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir o dano. Mister, portanto, a adoção de critérios de prudência e vigilância a fim de evitar o dano, ainda que potencial. O acidente ocorrido com o reclamante não afasta a culpa em face da obrigação da empresa em zelar pelo meio ambiente de trabalho, inclusive na escolha do equipamento de proteção para o exercício da atividade pelo empregado, a determinar a indenização por dano moral. Não fora isso, diante do conceito de atividade de risco, o trabalho no corte de cana de açúcar determina a responsabilidade do empregador, independente de culpa, na medida em que esta se presume, a qual a doutrina convencionou chamar de responsabilidade objetiva, o que importa seja mantida a decisão da Colenda Turma. Embargos conhecidos e desprovidos. (TST, E-RR-65300-32.2005.5.15.0052, SBDI-1, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, *DEJT* 14.03.2014)

[...] *Adicional de insalubridade. Prova pericial. Violação dos artigos 5º, incisos LIV e LV, da Constituição e 195 da CLT. Inocorrência.* I – Em que pese o artigo 195 da CLT dispor que a caracterização da insalubridade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-á através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, nos termos do artigo 130 do CPC/73, cabe ao magistrado determinar quais as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências que considere inúteis à elucidação dos fatos submetidos a juízo, por conta do princípio da persuasão racional de que cuida o artigo 131 do CPC/73 e da sua ampla liberdade na direção do processo, a teor do artigo 765 da CLT. II – É evidente que convém ao julgador somente dispensar a produção de provas se, a título exemplificativo, já estiver convencido pelo conjunto probatório apresentado, se a matéria fática não for controvertida ou mesmo se a questão for somente de direito. III – Na hipótese dos autos, a Corte local manteve a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade por entender que “ônus de provar o controle e atendimento dos níveis de tolerância da insalubridade no ambiente de trabalho pertence ao empregador, nos termos dos arts. 818, da CLT e 333, II, do CPC, devendo-se tomar, como referencial teórico, o princípio da precaução, que diz respeito ao meio ambiente, com fulcro na prova documental dos autos”. IV – Isso porque, apesar de ter sido notificada à fl. 58 (doc. seq. 1) para apresentar o PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional), o PPAR (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, e o LTCAT (Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho), sob as penas previstas no artigo 359 do CPC, a reclamada apresentou apenas o PCMSO de 2011, que sequer engloba todo o contrato de trabalho do autor, bem como alguns Atestados de Saúde Ocupacional, que registram a exposição a agentes físicos (radiação não ionizante e ruído) e agente químico (organo fosforado e piretroide). V – Dada a confirmação dos riscos mencionados e não tendo as reclamadas comprovado a adoção de que qualquer medida para neutralizar e/ou minimizar as condições de insalubridade, pois não juntaram sequer as folhas de controle de entrega dos EPI's e muito menos apresentaram provas da fiscalização do uso adequado desses equipamentos (*sic*), o TRT, com base na NR-15, reconheceu ser devido o adicional de insalubridade no grau médio (20%). VI – Em face desse contexto factual, insuscetível de reexame nesta fase processual, pelo óbice da Súmula n. 126/TST, não se vislumbra prejuízo ao agravante, na medida em que a perícia do artigo 195 Consolidado era dispensável, tampouco violação literal e direta do artigo 5º, incisos LIV e LV, do Texto Constitucional, a teor do artigo 896, alínea “c”, da CLT. VII – Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR 1975-72.2013.5.08.0125, 5ª T., rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, *DEJT* 30.09.2016)

Recurso de embargos. Acidente de trabalho. Estivador. Responsabilidade civil do operador portuário. Acidente de trabalho. Atividade de risco. Recurso de revista não conhecido. As atividades desenvolvidas pelo empregador que tragam riscos físicos ou psicológicos aos seus empregados, ainda que potenciais, determinam a reparação. Sua abstenção ou omissão acarreta o reconhecimento da responsabilidade pelo evento danoso ocorrido, notadamente em se tra-

tando de atividade de risco, onde se presume a culpa. A preocupação da sociedade, no que se refere às questões correlatas ao meio ambiente, às condições de trabalho, à responsabilidade social, aos valores éticos e morais, bem como a dignidade da pessoa humana, exige do empregador estrita observância do princípio da precaução. Não há como afastar a responsabilidade da reclamada em face de acidente ocorrido no trabalho na estiva, em face do risco inerente à atividade, não apenas em relação a possibilidade de acidente com membros inferiores e superiores, como traumatismos e risco de quedas. Deste modo, independentemente de culpa ocorreria a responsabilidade do empregador, em razão de acidente de trabalho ocorrido na estivagem para embarque de arroz. Recurso de Embargos conhecido e desprovido. (TST, E-RR 99300-59.2007.5.17.0011, SBDI-1, redator Min. Aloysio Corrêa de Veiga, *DEJT* 04.10.2013)

A norma de proteção à saúde do trabalhador deve ser interpretada de acordo com os preceitos constitucionais e, assim, de forma ampliativa, visando estender ao máximo suas possíveis vertentes de aplicação. Pelo princípio da precaução, tem-se como dever do empregador a prevenção de possíveis riscos que adviriam do processo produtivo ou realização da atividade, e encontrar a solução protetiva mais adequada. Deve-se, para tanto, ter como base todo o conhecimento de que dispõe a comunidade científica, hábil a promover a preservação da saúde e bem-estar dos trabalhadores.

Por todo o exposto, e com vistas a tornar possível não só a efetivação da política de precaução, como também da preservação ambiental disposta no art. 225 da Lei Maior, entendo como decisão mais acertada condenar a ré ao adicional de insalubridade pelo contato com HPAs e, de acordo com os princípios da livre valoração das provas e convencimento motivado, conceder o adicional de insalubridade em seu grau máximo, pela exposição a Hidrocarbonetos Policíclicos Aromáticos. (TST, RR-1419-13.2011.5.09.0093, 5ª T., rel. Min. Caputo Bastos, *DEJT* 18.08.2017)

Portanto, veja-se da comungação do princípio da precaução com as garantias de proteção à saúde do trabalhador⁵² e responsabilização do empregador,⁵³ que toda atividade ocupacional que envolva relação com riscos advindos da tecnologia, ainda que inexistente certeza científica sobre estes, deve ser protegida e deve o empregador ser responsabilizado objetivamente pelos possíveis danos causados aos empregados, inclusive, com o pagamento, *verbi gratia*, de adicional de insalubridade.

Para Daniel Gemignani e Tereza Aparecida Asta Gemignani trata-se de um direito que se reveste de "socialidade" e vinculado a "aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da empresa e função social da propriedade"⁵⁴ para que o trabalhador não seja descartado durante o processo produtivo. Defendem, tal qual no presente estudo, a "edificação de um novo padrão normativo trabalhista"⁵⁵ na qual se insere o princípio da precaução como mote de proteção nas relações laborais.

Destaca-se, também, a conclusão de Kátia Cristina Cruz Santos e Moisés Seixas Nunes Filho no sentido da "construção e a preservação de um ambiente laboral imune às ações de agentes insalubres

52. Especialmente os artigos 19 e 20 da Lei 8.213/91, Súmula 378 do TST, Convenções 155 e 161 da Organização Internacional do Trabalho.

53. Especialmente os artigos 7º, incisos XXII e XXVIII e 170, *caput* da CF; artigos 2º, 157, 166 e 170 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

54. GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Rev. TST*, Brasília, vol. 78, n. 1, jan.-mar. 2012. p. 263.

55. *Ibidem*, p. 271.

e perigosos⁵⁶, pela aplicação dos princípios da prevenção e precaução ser um precioso e indispensável mecanismo de "proteção do trabalhador para uma sadia e equilibrada qualidade de vida"⁵⁷.

Resta evidenciado, dessa maneira, equívoco no julgamento em estudo do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região ao indeferir o pleito do empregado – que laborava em contato diário com ondas eletromagnéticas – de condenação de seu empregador ao pagamento do adicional de insalubridade.

Nesses tempos atuais, em que todos cidadãos possuem a garantia de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, "essencial à sadia qualidade de vida" e que confere estes um direito de terceira geração de atuação tanto positiva quanto negativa do Estado, muito mais devem ser protegidos os trabalhadores que, além das garantias relacionadas ao ambiente em seu sentido *lato*, possuem garantias a um meio ambiente laboral decente no sentido *stricto*, sobretudo em não correr, eles próprios, os riscos das atividades que são, por força celetista (artigo 2º) unicamente de responsabilidade dos empregadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, conclui-se que o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região perdeu a chance, nesse julgamento, de manter sua posição de vanguarda entre os Tribunais trabalhistas, realidade que demonstra, não só uma necessária revisão do entendimento regional sobre o tema, mas, igualmente, uma evidente e imperativa atualização de toda doutrina e jurisprudência a respeito dos efeitos causados pelo labor em contato com ondas eletromagnéticas sob a ótica do já aplicado (no direito ambiental e civil) princípio da precaução.

Observa-se a necessidade dos juristas e hermeneutas trabalhistas adaptarem-se às novas composições da sociedade contemporânea, tanto no aspecto social quanto jurídico, para que consigam se desvincular da prisão da análise e repetição de válidas, mas, antigas teorias que não se amoldam completa e perfeitamente ao momento atual.

O presente estudo pretende, portanto, contribuir para o fomento da incipiente discussão doutrinária sobre o tema e, mais ainda, trazer para o debate novas teorias sobre a responsabilidade civil e seus reflexos no Direito do Trabalho, promovendo uma verdadeira modernização dessa área que tanto tem sofrido nos últimos anos com indignas reformas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Trad. de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2001.

56. NUNES FILHO, Moisés Seixas; SANTOS, Kátia Cristina Cruz. Meio ambiente do trabalho: reflexão sobre aplicabilidade do princípio da prevenção no caso da empresa MC'Donald's. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/]. Acesso em: 27.05.2018. p. 9.

57. Idem.

- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio. In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOUTTONNET, Mathilde. *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. LGDJ, 2005. Bibliothèque de droit privé. Tome 444.
- CATALANO, Roberta. *Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona. Elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni*. Napoli: Jovene Editore, 2005.
- CAZALA, Julien. *Le principe de précaution en droit international*. LGDJ, 2006. Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris.
- DA CRUZ, Sidney Carlos. *Verificação dos níveis de radiação emitidos pelas antenas das ERBs e a percepção das comunidades próximas*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- DA SILVA, Alcides Leandro. *Influência de ondas eletromagnéticas oriundas de descargas atmosféricas em pessoas portadoras de prótese*. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
- DIAS, Valéria Silva; MARTINS, Roberto de Andrade. Michael Faraday: o caminho da livreria à descoberta da indução eletromagnética. *Ciência & Educação*, v. 10, n. 3, p. 517-530. 2004.
- DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2015.
- DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que metade da população do mundo?* São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- DUPUY, Jean-Pierre. *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*. Paris: Seuil, 2002.
- ELTITI, S. et al. Development and evaluation of the electromagnetic hypersensitivity questionnaire. *Bioelectromagnetics*, Wiley-Liss, 2007.
- EWALD, François. *Le principe de précaution*. Presses Universitaires de France, 2008.
- GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Rev. TST*, Brasília, vol. 78, n. 1, jan.-mar. 2012.
- GODARD, Olivier. *Le Principe de Précaution dans la conduite des affaires humaines*. Éditions de la Maison des sciences de l'homme et éditions de l'INRA, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Trad. de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HUNYADI, Mark. La logique du raisonnement de précaution. *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLII, n. 2, 2004.
- JAMES, F. A. J. L. (Ed.). *The correspondence of Michael Faraday*. Stevenage: Institution of Electrical Engineers, 1991. v. 1.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica*. Trad. do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006.
- KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das futuras gerações e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura: mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Trad. de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, vol. 105, jan.-dez. 2010.
- MAXWELL, James Clerk. Transactions of the Cambridge Philosophical Society, 10.12. 1856, republicado in W.D. Niven. The Scientific Papers of James Clerk Maxwell, 2 v. *Cambridge University Press*, Cambridge, 1890; reprint, 2010, v. 1, p. 155-229.
- MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- NUNES FILHO, Moisés Seixas; SANTOS, Kátia Cristina Cruz. Meio ambiente do trabalho: reflexão sobre aplicabilidade do princípio da prevenção no caso da empresa MC'Donald's. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/]. Acesso em: 27.05.2018.
- OMS. Organização Mundial da Saúde. Marco para el Desarrollo de Estándares de CEM Basados en la Salud/Framework for Developing Health-Based EMF Standards. Trad. de Víctor Cruz Ornetta. Lima: INICTEL-UNI, 2007.
- ONU. Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Aprovada na Conferência de 1992 da ONU sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.
- PARLEMENT EUROPÉEN, Direction générale des services de recherche parlementaire. *Le principe de précaution. Définitios, applications et gouvernance*. 2015.
- REES, C.; HAVS, M. *Public Health SOS: the shadow side of the wireless revolution*. Wide Angle Health: LLC, 2009.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento única à consciência universal*. 23. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- ZANELLA, Tiago Vinicius. A aplicação do princípio da precaução no direito internacional do ambiente: uma análise à luz da proteção do meio marinho. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 81, jan.-mar. 2016.

WALLACE ANTONIO DIAS SILVA

*Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP sob a condição de bolsista da CAPES.
Pós-Graduando em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Advogado.
wallaceads@gmail.com*

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade de votos, **REJEITAR** requerimento formulado em contrarrazões de declaração de trânsito em julgado por ausência de interesse jurídico. No mérito, por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso da reclamada para reconhecer a regularidade dos registros de horário e excluir da condenação as diferenças de horas extras e adicional noturno, mantida a condenação em relação ao adicional de horas extras incidente sobre as horas destinadas à compensação (excedentes à 8ª hora diária até o limite de 44 horas semanais) e reflexos respectivos; excluir da condenação o pagamento dos reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória mensal, remanescendo os reflexos diretos; autorizar que, do que devido a título de bônus refeição, sejam abatidos os valores pagos a título de ressarcimento de despesas com refeição; afastar da condenação as diferenças salariais por equiparação em relação ao modelo Jaison Cristiano de Oliveira Perpétuo; e excluir da condenação o pagamento da multa do art 467 da CLT e o FGTS da contratualidade com 40%. Por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso do reclamante para acrescer a condenação com o pagamento de honorários assistenciais à razão de 15% sobre o valor total bruto da condenação. Valor da condenação e das custas reduzido, respectivamente, para R\$ 4.500,00 e R\$ 90,00, para os efeitos legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 20 de abril de 2017 (quinta-feira).

RELATÓRIO

A reclamada interpõe recurso ordinário visando à reforma da sentença que julgou a ação procedente em parte. Sustenta inépcia da petição inicial quanto ao pleito de equiparação salarial. Impugna a prova testemunhal. Também busca afastar a condenação ao pagamento de verbas rescisórias, de horas extras e de adicional noturno com reflexos, de intervalo, de equiparação salarial, de ticket refeição, das multas dos artigos 477 e 467 da CLT, do FGTS com 40% sobre parcelas do contrato e sobre verbas deferidas na ação, e benefício da justiça gratuita.

O reclamante recorre adesivamente buscando a nulidade do pedido de demissão e reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, bem como a condenação da reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade e/ou de periculosidade, de diferenças salariais por acúmulo de funções, de indenização por dano moral, e verba honorária.

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente:

Declaração de trânsito em julgado - Não cabimento

Em contrarrazões, a reclamada requer seja declarado o trânsito em julgado das matérias julgadas na origem que não foram objeto de recurso. Também busca afastar o conhecimento do recurso do autor quanto a matérias que reputa inovatórias.

O trânsito em julgado da sentença, com relação às matérias não impugnadas pela via recursal, opera-se por força de lei, independentemente de provimento jurisdicional, inexistindo fundamento legal para o pedido formulado pela reclamada nas contrarrazões, visando a um provimento declaratório neste sentido.

Já a questão dos limites objetivos da demanda, e de eventual inovação do pedido ou causa de pedir (envolvendo a rescisão do contrato) será apreciado no item correspondente.

Assim, preliminarmente, rejeito requerimento formulado em contrarrazões pela reclamada de declaração de trânsito em julgado por ausência de interesse jurídico.

No mérito:

I. Recurso da reclamada

1. Inépcia da petição inicial

A reclamada alega que a indicação de quatro paradigmas na petição inicial, sem delimitação do período ou do modelo principal, acarreta inépcia do pedido de equiparação salarial. Afirma que se trata de pleito inespecífico, cerceando o direito de defesa, em desrespeito ao artigo 286 do CPC. Aduz que a sentença não pode ser condicionada.

Sem razão.

A indicação de mais de um paradigma como modelo para equiparação salarial pretendida, não encontra óbice processual. Trata-se da acumulação de demandas definidas, específicas, certas e determinadas, visto que há indicação dos modelos. O fato de ser mais de um modelo tampouco impede a defesa da parte adversa, que tem a seu dispor ampla oportunidade processual de opor, uma a uma, a cada equiparação pretendida, as objeções que entender pertinentes.

Nego provimento.

2. Contradita à prova testemunhal

A reclamada impugna o indeferimento da contradita oposta à testemunha Anderson Luiz de Mello Bandeira, reiterando que esta tem ação contra o mesmo empregador do reclamante, onde formulados pedidos idênticos, fato confirmado na audiência. Reputa inaplicável, neste caso, a Súmula nº 357 do TST. Afirma haver interesse no resultado do litígio, pois recebe, no seu próprio processo, orientação do patrono comum, sofrendo influencia em sua visão da realidade. Requer a desconsideração do depoimento da testemunha referida.

Examino.

Na audiência, em face da objeção da reclamada à testemunha Anderson Luiz de Mello Bandeira, pelo fato de demandar contra o mesmo empregador em ação com idêntico objeto à do autor, a referida testemunha confirma o fato, explicitando que na sua demanda pede equiparação salarial, periculosidade e horas extras, bem como que o reclamante não foi ouvido como testemunha em seu processo.

Tenho entendido que, quando dois reclamantes servem, mutuamente, de testemunhas, um na ação do outro, e tendo ambas ações idêntico objeto, há forte indício de troca de favores e redução do grau de isenção ao depor. Mesmo assim considero que o depoimento deve ser colhido, na condição de informante, e receber a valoração oportunamente quando da prolação da sentença. No caso dos autos, a testemunha contraditada informa que o reclamante não prestou depoimento como testemunha em seu processo. É possível aferir, portanto, no caso concreto, que os trabalhadores em questão não serviram, mutuamente, de testemunhas, um na ação do outro.

Portanto, entendo ser caso de adoção da Súmula nº 357 do TST, pelo qual *"não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando contra o mesmo empregador"*. É presumida a isenção de ânimo da testemunha devendo ser provada a sua suspeição, ou impedimento, o que no caso em tela não ocorreu. O fato das reclamatórias terem idêntico ou semelhante objeto em nada altera esta conclusão. Tal circunstância se revela natural na medida que presumível que apenas aqueles que trabalham no mesmo local, e sob iguais condições, detêm o necessário conhecimento dos fatos para testemunharem em juízo.

Nego provimento.

3. Verbas rescisórias

A reclamada impugna a condenação ao pagamento de verbas rescisórias, alegando que estas foram oportunamente quitadas. Argumenta que o autor não comprova suas alegações conforme exigem os

artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC de 1973. Considera que a condenação gera enriquecimento sem causa vedado no artigo 884 do Código Civil.

Examino.

Incontroverso que o reclamante pediu demissão do emprego, com último dia trabalhado em 04.9.2013 (id. 1497721), tendo a reclamada juntado termo de rescisão do contrato de trabalho, indicando parcelas rescisórias a serem pagas ao autor (saldo de salário, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais e "dev coop"), no valor líquido de R\$ 2.211,95. No entanto, referido documento não conta com assistência sindical, tampouco está assinado (id. 1497731), tratando-se de mero formulário unilateral, insubsistente para provar pagamento, ineficaz, portanto, como recibo, ou prova do alegado adimplemento.

Observe que o documento foi expressamente impugnado pelo autor na manifestação do id. 2068034 - Pág. 2.

Portanto, inexistindo prova do pagamento das parcelas devidas na rescisão do contrato, ônus que incumbia à reclamada, a teor dos artigos 818 da CLT e 373, inciso II, do NCPC, não há o que prover no aspecto em relevo.

4. Validade dos registros de horário - Horas extras - Adicional noturno - Regime compensatório semanal

A reclamada impugna a jornada arbitrada na sentença (de segunda feira a domingo, das 7h30 às 23h, com intervalo de 1h, com folga um final de semana por mês, sábado e domingo), sustentando a validade dos controles de horário de trabalho do autor. Destaca a fragilidade do depoimento da testemunha. Invoca o artigo 818 da CLT afirmando que era do reclamante o ônus da prova do fato constitutivo do direito vindicado. Argumenta que na hipótese de prova dividida a sucumbência é do autor, que tem o encargo probatório, haja vista a juntada dos controles de horário. Reputa indevida a condenação relativa a adicional noturno, redução da hora noturna, horas extras, inclusive sábados, domingos e feriados e reflexos.

Examino.

O reclamante laborou no período de 04.04.2011 a 04.09.2013, como Assistente Técnico de Implantação ("pleno" e "sênior"). As partes ajustaram, por acordo individual, a adoção do regime compensatório semanal de segunda a sexta feira, das 8h às 12h e das 13h às 17h48min com folga ao sábado (id. 1497627). Executava sua jornada, na maior parte do período, em jornada externa.

O cartão ponto eletrônico juntado com a defesa, a par do registro de "Horas Normais" no qual consignado o horário contratual do regime compensatório semanal (8h48min), também apresenta em número razoável o registro de "Horas Extras 50%" e "Horas Extras 100%", nos quais consignados o trabalho suplementar além da jornada compensatória de 8h48min. Por exemplo, no dia 1º.6.2011, o reclamante laborou, além da jornada normal, horas extras das 17h49min às 20h (id. 1497684 - Pág. 3). Também há diversos registros de trabalho aos sábados e domingos. Por exemplo, dois sábados e um domingo no mês de agosto de 2011, id. 1497684 - Pág. 5. Além disso, partir de setembro de 2011, observo expressivo número de horas extras registradas, inclusive sábados, domingos e feriados (id. 1497684 - Pág. 6). Há, inclusive, trabalho prestado em horário noturno, como no dia 10 de janeiro de 2013, quando o reclamante laborou até às 23h59 (id. 1497684 - Pág. 16).

De outro lado, a jornada das 7h30 às 23h, de segunda a segunda, com meia hora de intervalo (que a testemunha convidada a depor pelo autor afirma ter sido cumprida), praticamente sem intervalo ou repouso todos os dias do contrato de trabalho, por mais de dois anos, se apresenta irreal, até pela impossibilidade material de ser cumprida, considerando que suprime todo o tempo da vida privada, social e familiar, e horas de sono, mesmo sem computar o tempo que o autor alega ter trabalhado, além da jornada média de 15 horas, sem repouso, em "janelas das operadoras" das 0h às 6h três vezes por semana, o que lhe retira verossimilhança.

De fato, sobre o sistema de registros, a prova testemunhal se mostra dividida, tendo a testemunha ouvida a convite do réu noticiado jornada bem distinta: das 08h às 17h48, de segunda a sexta-feira, jornada que afirma saber com base nas programações do trabalho a ser desenvolvido durante a semana em Santa Catarina, destino na atividade de acompanhamento da coleta. Também confirma a possibilidade de lançamento efetivo dos registros de horário no sistema APH, por meio de senha de acesso.

Diante do número expressivo de horas extras registradas, a prova oral dividida e da jornada inverossímil apontada pela testemunha convidada a depor pelo autor, considero válidos os registros trazidos com a defesa, em face dos quais observo, contudo, diferenças em favor do reclamante.

Por outro lado, os registros de horário (ora reconhecidos como idôneos) evidenciam que o reclamante, embora submetido a regime compensatório semanal, prestava horas extras habituais - além da suplementação destinada à compensação -, inclusive em sábados. Laborando aos sábados ou, habitualmente, além das 8h48min de segundas a sextas-feiras, frustrou a finalidade do regime compensatório semanal ajustado.

A Súmula nº 85, item IV, do TST orienta que "*A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário*".

Cabe assim o pagamento do adicional de horas extras incidentes sobre as horas irregularmente compensadas, cabendo a absolvição da reclamada, entretanto, em relação à hora propriamente dita, que já se encontra remunerada (por óbvio não havendo que se falar em abatimento do adicional de horas extras porquanto nesse limite incontroversamente não houve pagamento).

Em relação às horas excedentes ao regime compensatório e adicional noturno, o autor não aponta diferenças na manifestação acerca dos documentos (id. 2068034 - Pág. 3). Diante do expressivo número de horas extras pagas, bem como da existência de adicional noturno adimplido, cabe a absolvição da reclamada no aspecto.

Assim, dou provimento parcial ao recurso para reconhecendo a validade dos registros de horário, restringir a condenação ao pagamento de horas extras e de adicional noturno, ao adicional de horas extras incidente sobre aquelas destinadas à compensação (excedente de 8 por dia até o 44 horas semanais), mantidos os demais critérios de cálculo e reflexos definidos na sentença.

5. Intervalo interjornadas

Contra o deferimento pela sentença das horas extras decorrentes da frustração parcial do intervalo interjornadas, a reclamada sustenta que os cartões ponto são válidos, tendo sido observado o lapso mínimo de 11 horas entre duas jornadas. Invocando os artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC de 1973, alega que o reclamante não se desincumbiu do ônus da prova. Sustenta que a inobservância do intervalo em questão geraria, ademais, somente infração administrativa. Reputa inaplicável a OJ nº 355 do TST. Entende que o deferimento do pedido gera enriquecimento injustificado do autor. Argumenta que a suposta violação ao intervalo do artigo 67 da CLT gera pagamento em dobro do domingo, nos termos do artigo 68 da CLT, não havendo respaldo legal para o deferimento de horas extras e reflexos.

Examino.

Considerando os horários de trabalho registrados no cartão ponto eletrônico, observo que houve infração ao intervalo obrigatório de 11 horas entre duas jornadas, por exemplo, entre as jornadas dos dias 4 e 5 de janeiro de 2013, 10 e 11 de janeiro de 2013 (id. 1497684 - Pág. 16) e dos dias 6 e 7 de fevereiro de 2013 (id. 1497684 - Pág. 17).

Inafastável o direito do autor ao descanso assegurado pelo artigo 66 da CLT. A recomposição dessa lesão, mediante pagamento da remuneração relativa ao lapso não fruído com adicional de 50% a par da remuneração do trabalho extraordinário não induz duplo pagamento. O tempo do intervalo de 11 horas entre duas jornadas não fruído, da mesma forma que o intervalo intrajornada, não pode ser confundido com a prestação de trabalho suplementar. Esta deve ser remunerada com finalidade de contraprestar a força de trabalho despendida além dos limites da duração normal de trabalho, enquanto aquela visa a remunerar a falta do descanso obrigatório.

Nesse sentido, a Súmula nº 110 TST que adoto:

JORNADA DE TRABALHO. INTERVALO. No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

A perfeita composição do estabelecido nos artigos 66 e 67 da CLT, conforme verbete transcrito, importa a conclusão de que o intervalo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho não pode ser suprimido, nem integrado no lapso de 24 horas do repouso semanal remunerado. Não se pode, outrossim, entender que o desrespeito ao descanso entre duas jornadas implique, tão-somente, infração de natureza administrativa, em face do nítido caráter compulsório da norma, cuja finalidade é de assegurar e preservar a higidez física e mental do trabalhador. Assim, adoto a orientação jurisprudencial destacada, no sentido de que as horas subtraídas do lapso em tela devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

É devido ao reclamante, portanto, o pagamento de horas extras decorrentes da infração ao artigo 66 da CLT, pela observância da OJ 355 da SDI-1 do TST, conforme registros de jornada.

Nego provimento.

6. Reflexos das horas extras

No tópico, a reclamada impugna o deferimento de reflexos das horas extras e das horas noturnas em repouso remunerados, férias com adicional de 1/3, 13º salários, FGTS e, após, pelo aumento da média remuneratória mensal, novos reflexos. Afirma tratar-se de reflexo sobre reflexo em evidente duplicidade. Entende que a condenação não tem amparo legal, violando o inciso II, do artigo 5º, da CF. Aponta para a OJ nº 394, da SDI I, do TST para pedir a exclusão dos reflexos sobre reflexos.

Examino.

Sendo habituais, as horas extras (limitado ao adicional incidente sobre as horas irregularmente compensadas, conforme visto em item próprio) repercutem diretamente em repouso remunerados, férias com adicional de 1/3, 13º salários e FGTS.

Entretanto, tem razão a reclamada quando afirma que não são devidos reflexos em razão do aumento da média remuneratória mensal, pela integração das horas extras nos repouso remunerados, conforme orienta a OJ 394 do TST que adoto por política judiciária:

"OJ 394. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente

prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de "bis in idem".

Assim, dou provimento parcial ao recurso para excluir da condenação os reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória mensal, pela integração das horas extras nos repouso remunerados, remanescendo os reflexos diretos em repouso remunerados, férias com adicional de 1/3, 13º salários e FGTS.

7. Equiparação salarial

A reclamada recorre da sentença que reconhece equiparação salarial com os paradigmas Jaison, Edson e Diego. Afirma que o autor não se desincumbiu do ônus da prova à luz dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC de 1973, haja vista o caráter manifestamente tendencioso do depoimento da testemunha. Considerando inexistente prova da identidade funcional impugnada na contestação à luz do artigo 461 da CLT, reputa indevidas as diferenças deferidas no julgamento de origem, inclusive reflexos e comando de registro na CTPS.

Examino.

Trata-se de pleito de equiparação salarial com os modelos Jaison Perpétuo, Edson Marques Eurides e Diego Astolfo.

O autor, conforme registros funcionais, laborou desde a admissão em 04.04.2011 como Assistente Técnico de Implantação - Pleno, passando para a categoria Sênior em 1º.4.2013.

Já o paradigma Jaison Perpétuo laborou como Técnico de Implantação - Jr desde sua admissão em 15.7.2008, passando para a categoria Pleno em 01.01.2011.

O paradigma Edson Marques Eurides laborou como Técnico de Telecomunicações - Jr desde sua admissão em 1º.04.2008, passando para a função de Técnico de Implantação - Jr em 1º.9.2010, e para as categorias Pleno em 1º.12.2010 e Sênior em 1º.4.2013.

Por fim, o paradigma Diego Astolfo laborou como Técnico de Implantação - Jr desde sua admissão em 11.5.2009, passando para as categorias Pleno em 1º.02.2011, Sênior I em 1º.2.2012 e Sênior II em 1º.4.2013.

Conforme depoimento da testemunha Anderson Luiz de Mello Bandeira, que trabalhou na reclamada de 1º.2.2011 a 1º.11.2012, como Técnico em Implantação, fazendo a configuração dos equipamentos, manutenção, instalação dos equipamentos nas torres, com a Tim, Claro e Oi, não havia diferença nas atividades em face das diferentes operadoras, suas funções eram as mesmas do reclamante, para as mesmas operadoras. Geison, Edson Marques e Astolfo faziam as mesmas funções do reclamante. Esclarece, ainda, em seu depoimento, que os Assistentes e os Técnicos fazem as mesmas atividades.

Entendo que a prova confirma o fato constitutivo do direito à equiparação salarial pretendida, inexistindo a precariedade apontada pela reclamada no depoimento em questão que se mostra suficientemente robusto para elucidar que, de fato e não obstante as diferenças de denominação dos cargos, havia identidade de funções entre os paradigmas Jaison, Edson e Diego Astolfo.

Embora comprovado que as atividades de Assistente e de Técnico sejam as mesmas, o paradigma Jaison as exerceu desde sua admissão em 15.7.2008, enquanto que o autor somente passou a exercê-las quando admitido no emprego, em 4.4.2011, caracterizando-se, assim, com relação ao citado modelo, fato obstativo do direito à equiparação, haja vista a diferença de tempo na função superior a dois anos.

O mesmo fato obstativo não ocorre, contudo com relação ao tempo de serviço na função dos modelos Edson, na função de Técnico desde 1º.09.2010, e Diego, na função de Técnico desde sua admissão em 11.5.2009, inferior a dois anos, portanto, considerando que o reclamante passou a exercê-la em 04.04.2011.

Dou parcial provimento ao recurso para afastar da condenação as diferenças salariais por equiparação e seus reflexos em relação quanto ao modelo Jaison Cristiano de Oliveira Perpétuo, mantendo a condenação com relação aos demais paradigmas.

8. Bônus refeição

A reclamada recorre da sentença que a condena ao pagamento de bônus refeição normativo nos dias que realizadas duas horas extras ou mais na mesma jornada. Sustenta que, uma vez afastada a jornada de trabalho arbitrada na sentença, não restam horas extras devidas ao autor. Aduz que o § 4º do art. 7º do acordo coletivo preceitua o pagamento de 1 bônus refeição em caráter extraordinário, somente a partir da 2ª hora extraordinária completa. Diz que, no caso de trabalho externo, há exigência de comprovação, pelo empregado, das despesas com alimentação. Alega que houve reembolso dos valores referentes à alimentação, quando do preenchimento dos requisitos, conforme fichas financeiras, sob a rubrica "REEMB. DESP. REF", inexistindo amostragem dos dias em que o autor entende devido o benefício, ônus que lhe competia, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, I do CPC de 1973. Sucessivamente, requer a limitação da condenação aos dias em que houve prestação de jornada suplementar além de 2 horas extras no qual haja comprovante de despesas.

Examino.

A cláusula 7ª do Acordo Coletivo de Trabalho 2011/2013 (id. 1005166, pág. 2) tem o seguinte teor:

CLÁUSULA 7ª: BÔNUS REFEIÇÃO.

A EMPRESA fornecerá aos seus funcionários Auxílio Refeição ou Alimentação no valor facial de R\$15,66 (...)

PARÁGRAFO 4º. A EMPRESA ressarcirá ao funcionário o valor equivalente a 1 (um) bônus refeição, em caráter extraordinário, nos casos em forem realizadas horas extras em uma mesma jornada de trabalho, a partir da segunda hora extraordinária completa, inclusive.

PARÁGRAFO 5º. Para tal ressarcimento é necessária a apresentação do respectivo comprovante de despesa com alimentação, onde os funcionários que exercerem suas atividades internamente estarão dispensados da apresentação do recibo com alimentação.

- Grifei.

A prova, em especial a perícia, confirma o trabalho externo do reclamante, realizando visitas a empresas de telefonia celular. O próprio reclamante afirma, em seu depoimento, que laborava como técnico, tendo como funções atividades instalação, manutenção, montagem de torre, implantação do sistema de telefonia celular "em todo o Brasil", sequer comparecendo na sede da reclamada depois que realizava as tarefas do dia repassadas pelo supervisor, por celular, indo direto para casa ou hotel, sendo seu 50% do trabalho prestado neste município, e 50% prestado em viagem.

A prova documental, em especial os registros de horário, confirma que houve prestação de trabalho suplementar pelo autor, em uma mesma jornada, de duas ou mais horas extras, sendo devido nestas ocasiões, por força da norma coletiva transcrita, o ressarcimento das despesas com alimentação. As fichas financeiras evidenciam que a reclamada reembolsava eventualmente as despesas com refeição. Por exemplo, no mês maio de 2012, o reclamante recebeu, a título de reembolso de despesas com refeição (REEMB. DESP. REF.), o valor total de R\$313,20 (id. 1497711 - Pág. 5). Embora o reclamante tenha laborado duas horas extras ou mais na mesma jornada, nos dias 9 a 12, 15 a 20, 22 a 27, 29 e 31 de março de 2012 (id. 1497684 - Pág. 13), nenhum valor recebeu a título de reembolso de despesas com refeição referentes a tais jornadas, conforme ficha financeira (id. 1497711 - Pág. 5).

Entendo que a exigência de apresentação de comprovante de despesa com alimentação contida no parágrafo 5º da cláusula normativa, pelo trabalhador em atividade externa, não tem o condão de afastar o direito à refeição extraordinária quando demonstrado o trabalho suplementar na mesma jornada, acima do limite máximo legal de 10 horas por dia, que por si só gera maior esforço físico do trabalhador e a necessidade de alimentação. A norma define o valor do bônus extraordinário e tem por finalidade salvaguardar a saúde do empregado sujeito a jornadas suplementares acima dos limites legais.

Correta a sentença ao deferir bônus refeição, sempre que o reclamante laborou duas horas extras ou mais em uma mesma jornada de trabalho, conforme horários registrados, observado o valor fixado na norma coletiva, devendo, porém, ser abatido todos os valores recebidos conforme comprovado nas fichas financeiras.

Dou provimento parcial ao recurso para autorizar que sejam abatidos dos valores devidos a título de bônus refeição, os valores pagos a título de ressarcimento de despesas com refeição, conforme fichas financeiras.

9. Multa dos artigos 477 e 467 da CLT

A reclamada recorre da sentença que a condena ao pagamento das multas em tela. Sustenta que o artigo 477 da CLT não tem aplicação quando há discussão sobre o pagamento das verbas rescisórias, como no caso. Quanto à multa no artigo 467 da CLT, destaca inexistir parcela rescisória incontroversa, e que a Lei nº 10.272/2001, modificando a disposição, não mais se refere à controvérsia sobre parte da importância dos salários, mas, tão somente, sobre o montante das verbas rescisórias.

Examino.

O artigo 477, §8º, da CLT fixa multa para a hipótese de atraso no pagamento das parcelas rescisórias. Inexistindo prova do pagamento das referidas verbas até o presente momento, correta a sentença quando condena a reclamada ao pagamento da multa em questão.

Diversa, entretanto, é a solução quanto à multa do art. 467 da CLT, porquanto a reclamada alega seu pagamento, trazendo termo de rescisão (ainda que não firmado pela parte autora). Entendo que, estabelecida a controvérsia, resta afastada a incidência da multa.

Dou provimento parcial ao recurso para excluir da condenação o pagamento da multa do art 467 da CLT.

10. FGTS com 40%

A recorrente impugna a condenação ao pagamento de FGTS incidente sobre as parcelas salariais deferidas na ação, bem como sobre as parcelas do contrato, acrescido de 40%. Afirmando, tão somente, que o pagamento é indevido.

Examino.

Com efeito, a sentença condena a reclamada a pagar FGTS e indenização compensatória de 40% sobre as parcelas de natureza remuneratória reconhecidas na ação e sobre as parcelas da "contratualidade", a ser recolhido na conta vinculada do autor. Ocorre que, segundo fundamentação do julgado, o pedido de nulidade do pedido de demissão foi rejeitado assim como rejeitado o pedido de reconhecimento da rescisão do contrato sem justa causa por iniciativa do empregador, de modo que não há fundamento para o deferimento da indenização compensatória de 40%.

De outra parte, o pedido de "FGTS" - definido pela causa de pedir na parte expositiva da inicial -, restringe-se à sua incidência sobre as parcelas remuneratórias postuladas. A própria sentença limita o

exame da matéria na parte da fundamentação, deferindo, contudo, no dispositivo, FGTS com 40% da "contratualidade", como visto.

Assim, dou provimento parcial ao recurso para excluir da condenação o comando de pagamento do FGTS incidente sobre a contratualidade, com 40%.

11. Benefício da gratuidade da Justiça

Diante da declaração de insuficiência econômica, id. 1005165, a juíza de primeiro grau concedeu ao autor o benefício da justiça gratuita, nos termos do artigo 790, §3º, da CLT. Pela aplicação do artigo 14 da Lei nº 5.584/70 e das Súmulas 219 e 329 do TST, indefere o benefício da assistência judiciária e, via de consequência, dos honorários assistenciais.

A reclamada entende que o reclamante não comprova a condição para receber o benefício da gratuidade da Justiça, pois percebia salário superior ao dobro do mínimo legal, nem demanda representado por advogado credenciado pelo sindicato profissional. Invoca o princípio do *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho.

Examino.

Não há o que prover, porquanto a reclamada não tem qualquer prejuízo pelo fato de ter sido deferido ao reclamante o benefício da gratuidade da Justiça.

II. Recurso do reclamante

1. Nulidade do pedido de demissão - Rescisão indireta do contrato de trabalho

O reclamante recorre da sentença que indefere o pedido de anulação do pedido de demissão e reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho. Alega que foi coagido pela exaustiva jornada de trabalho e disparidade salarial. Afirma, para o caso de não ser acolhida a tese de coação, que o pedido de demissão é nulo também porque houve redução salarial, que, segundo doutrina e jurisprudência, constitui falta grave do empregador e caracteriza descumprimento contratual de acordo com o artigo 483, alínea "d", da CLT. Aduz que o pagamento de salário inferior ao dos paradigmas que exerciam funções idênticas caracteriza depreciação dos proventos à luz do inciso VI do artigo 7º da CF atraí o direito ao pagamento das verbas rescisórias decorrentes da rescisão indireta. Pede o provimento do recurso para que seja reconhecida a rescisão indireta do contrato de trabalho, com a condenação da reclamada ao pagamento dos haveres rescisórios, nos termos da petição inicial.

Em contrarrazões, a reclamada sustenta que o recurso do autor inova a lide quando suscita questões que não constam da petição inicial, tais como a pretensão à rescisão indireta do contrato de trabalho, bem como nulidade do pedido de demissão por alegada jornada excessiva.

Examino.

Na petição inicial, o autor alega que foi coagido a pedir demissão pelo acúmulo de serviço e as "disparidades" existentes dentro da reclamada inclusive salarial, tendo sido condicionado à assinatura de documentos pela reclamada a este respeito. Insiste que "pediu demissão" por culpa da reclamada e, em seguimento, refere que, na verdade o contrato de trabalho foi rescindido imotivadamente pela reclamada. Afirma, de forma vaga que a reclamada não cumpriu o contrato de trabalho (menciona, em outra passagem como descumprimento contratual, a ocorrência de redução salarial), conforme prova a ser produzida no curso da instrução.

Pede, no petitório, a nulidade do pedido de demissão e reconhecimento da rescisão imotivada pela reclamada (que a despeito da imprecisão técnica tenho como pedido de rescisão indireta).

É possível compreender que o reclamante afirma ter sido coagido a pedir demissão, em razão das condições de trabalho, tais como "acúmulo de serviço", "disparidades... inclusive salarial" e "redução salarial", sendo esta a razão do alegado descumprimento contratual pelo empregador, e o justo motivo para considerar que houve "rescisão imotivada do seu contrato". Entretanto, não há requerimento de rescisão indireta, mas de reconhecimento da nulidade do pedido de demissão e da rescisão imotivada por iniciativa do empregador.

Ainda que superada a imprecisão técnica no requerimento, os fatos alegados não geram, por si só, a consequência almejada de pagamento das parcelas rescisórias como tais consideradas o aviso prévio indenizado e a indenização compensatória de 40% do FGTS. Os descumprimentos contratuais alegados na inicial, tais como a "disparidade salarial" e o "acúmulo de serviço" não têm a gravidade necessária para a caracterização da falta do empregador apta a autorizar, em tese, a rescisão indireta do contrato. Tampouco verifico ter ocorrido redução salarial noticiada.

De outra parte, não há prova nos autos confirmando que o autor tenha sido coagido a pedir demissão, de modo que não há nada a prover.

2. Adicional de insalubridade e/ou de periculosidade

Em face do indeferimento do pedido de adicional de insalubridade e/ou de periculosidade, o reclamante insiste em afirmar que laborava em ambiente perigoso e insalubre, exposto à energia elétrica, a inflamáveis e à radiações. Afirma que em casos análogos a conclusão do perito foi diversa, em mais de 95% dos casos.

Examino.

De acordo com o laudo do perito engenheiro Luciano Roberto Horn nomeado pelo juízo (id. 1741264 - Pág. 3), as atividades do reclamante consistiam em realizar visitas a pátios de instalações de antenas de celular das empresas de telefonia CLARO (no Rio Grande do Sul) e TIM (em Santa Catarina e Paraná). No projeto CLARO, ia nos locais de instalação das antenas, fazia *checklist* de verificação de pendências no *site* e na torre; prendia cabo de fibra ótica, fixando-o com presilhas de plástico; subia na torre pela escada. No projeto TIM auxiliava na retirada das cabines dos *sites*; abria as portas dos *sites* para os terceiros e avaliava qual cabine seria retirada; registrava em planilha. Segundo a perícia, não havia geradores nestes locais e o reclamante fazia, em média, 10 retiradas de cabines por dia nos *sites*. Não trabalhava com nenhum produto químico. Nunca realizou nenhuma atividade com energia elétrica. Em face das informações colhidas na inspeção, na qual o reclamante, embora ciente, não compareceu, o perito afirma a inexistência de condições de exposição ocupacional a riscos físicos, químicos (Anexos 11 e 12 da NR-15) ou biológicos, tampouco de exposição a radiações ionizantes. Conclui o *expert* que as atividades do reclamante não podem ser consideradas insalubres, nem se classificam como perigosas.

De outra senda, o laudo do assistente técnico da reclamada Roberto Elzio de Almeida Esteves (id. 1815123 - Pág. 3) esclarece que o autor atuou na implantação de sites de telefonia celular, integração de sistemas e equipamentos existentes nos sites, instalação de antenas para Base de Transmissão de Sinais - BTS, realizando serviços de: manutenção preventiva de equipamentos, implantação de site de antenas, instalação de antenas, integração de torres ou antenas BTS, instalação de equipamentos e dispositivos (fontes de alimentação, baterias), inspeção e medições carga, verificação de pendências da instalação cumprindo *checklist*. Afirma que o autor desempenhou suas atividades junto às torres que contêm as antenas repetidoras, e em instalações alimentadas com energia elétrica de baixa tensão em sistema de consumo. Conclui, ao final, pela inexistência de condições perigosas ou insalubres.

O autor, em seu depoimento pessoal afirma que:

...em relação à Tim, mexia na parte de eletricidade e na parte de configuração; que na Claro, fazia a parte de configuração e a parte de sistema irradiante...

A testemunha Anderson Luiz de Mello Bandeira, que trabalhou na reclamada de 1º.2.2011 a 1º.11.2012, como técnico em implantação, confirma as atividades de configuração dos equipamentos, manutenção, instalação dos equipamentos da reclamada nas torres, subida nas torres, trabalho em estações de rádio base, afirmando que havia o contato com energia elétrica na instalação dos equipamentos.

A testemunha Ana Paula Pimentel Rizzon, afirma que o autor não tinha contato com energia elétrica em sua atividade.

Os sites de telefonia celular são locais onde instalados não só os equipamentos de irradiação ou repetição de sinal - torres e antenas, mas também, a infra estrutura elétrica necessária ao funcionamento do sistema, envolvendo eletrodutos, cabos, aterramento, entrada de energia e ligação de energia pela concessionária e por fontes alternativas (baterias, moto gerador). Trata-se de um conjunto de componentes e equipamentos

destinados ao funcionamento da indústria da telefonia: cabines ou quadro alta/baixa tensão, quadros de distribuição geral, quadros de transferência, entre outros, para a qual é necessário o suprimento de cargas elétricas alimentadoras dos sistemas de iluminação, tomadas, ar condicionado, motores.

De outra parte, ficou assentado, no exame da equiparação salarial, que a função do reclamante não se limitava a mero acompanhamento ou fiscalização, mas realização das tarefas de instalação e manutenção de equipamentos, fato confirmado, inclusive, no laudo do assistente técnico da reclamada.

Nada obstante a prova de que o autor instalava, fazia a manutenção e os reparos em equipamentos, inclusive elétricos (fontes de alimentação, baterias, sistema elétrico de transmissão da empresa e eventuais implementações do moto gerador), além de trabalhar na retirada de cabines dos sites, não há prova da sua exposição a sistema elétrico de potência, visto que se tratava de sistema elétrico de consumo, sem prova do desatendimento das medidas de segurança exigidas.

Saliento que o reclamante não compareceu à inspeção do perito. Sua impugnação ao laudo limita-se à afirmação de que "*a radiação das torres de telefonia, contato com graxa, óleo, e eletricidade são comuns aos técnicos em telecomunicações, conforme prova testemunhal a ser realizado que o ilidirá*".

É o caso de adoção das Orientações Jurisprudenciais nº 324 e nº 347 da Seção de Dissídios Individuais-1 do Tribunal Superior do Trabalho:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. SISTEMA ELÉTRICO DE POTÊNCIA. DECRETO Nº 93.412/86, ART. 2º, § 1º. É assegurado o adicional de periculosidade apenas aos empregados que trabalham em sistema elétrico de potência em condições de risco, ou que o façam com equipamentos e instalações elétricas similares, que ofereçam risco equivalente, ainda que em unidade consumidora de energia elétrica.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. SISTEMA ELÉTRICO DE POTÊNCIA. LEI Nº 7.369, DE 20.09.1985, REGULAMENTADA PELO DECRETO Nº 93.412, DE 14.10.1986. EXTENSÃO DO DIREITO AOS CABISTAS, INSTALADORES E REPARADORES DE LINHAS E APARELHOS EM EMPRESA DE TELEFONIA. DJ 25.04.2007. É devido o adicional de periculosidade aos empregados cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos de empresas de telefonia, desde que, no exercício de suas funções, fiquem expostos a condições de risco equivalente ao do trabalho exercido em contato com sistema elétrico de potência.

Inexistindo prova nos autos das condições de insalubridade ou periculosidade nas atividades do autor, não há o que prover.

3. Acúmulo de funções

Contra a sentença que indefere o pedido de diferenças salariais por acúmulo de funções, o reclamante alega que após 3 meses da admissão, passou a acumular às funções contratadas de Técnico em Instalação, tarefas burocráticas de alimentar sistema, organizar equipe, fazer e controlar orçamento, dirigir, passando a atender outras operadoras, com aumento do volume de tarefas. Aduz que fazia às vezes de dois empregados, pois, além dos serviços contratados, tinha que fazer limpeza e serviços burocráticos, resultando enriquecimento ilícito da reclamada.

Examino.

O autor, a quem incumbia provar os fatos constitutivos do direito vindicado, deixou de trazer aos autos qualquer elemento hábil a sustentar sua tese, tampouco produziu prova testemunhal para confirmar suas alegações.

Aplico ao caso o art. 456, parágrafo único, da CLT: "*À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.*" e nego provimento ao recurso no aspecto.

4. Dano moral

Inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, o autor sustenta sua reforma alegando que foi impedido de registrar o trabalho extraordinário, "*coagido e pressionado diuturnamente de demissão*", caso não cumprisse as ordens. Afirma dano existencial pela falta de convívio familiar por culpa da reclamada, em face da jornada excessiva. Aduz que suportou quase todo o período do contrato dor e sofrimento de saber que, mesmo realizando idênticas funções, o valor atribuído à sua mão de obra era inferior ao de outros profissionais posteriormente admitidos.

Examino.

O preceito constitucional que assegura indenização por dano moral assim dispõe: "Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Portanto, para que se possa falar em indenização por dano moral, se faz necessária a prova da efetiva existência do dano, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano e a ausência das excludentes da ilicitude do ato, como por exemplo, o exercício regular de direito. Todos os pressupostos devem estar presentes em conjunto, sendo que a falta de qualquer um deles retira o direito à indenização.

Destaco inicialmente que não integra a demanda danos morais decorrentes da dor e sofrimento "*...de saber que, mesmo realizando idênticas funções, o valor atribuído à sua mão de obra era inferior ao de*

outros profissionais posteriormente admitidos." Inovatório o recurso no aspecto, não merecendo ser conhecido nesse limite.

De outra parte, o autor não se desincumbiu do ônus de provar a alegada proibição de registro de horas extras. Ao contrário, os registros de horário trazidos aos autos pela demandada são acolhidos como verdadeiros, pois indicam habitual labor extraordinário. Não há prova, tampouco, de coação ou pressão diuturna com ameaça de demissão, caso não cumprisse ordens.

Quanto ao alegado alijamento do convívio social decorrente de jornadas excessivas, os registros de ponto, considerados válidos como meio de prova, corroboram a alegação de cumprimento de longas jornadas. Entendo, todavia, o labor extraordinário, em longas jornadas, por si só, não é suficiente para gerar abalo ao sentimento pessoal do trabalhador, sua personalidade, honra e intimidade, nem de amparar o direito à indenização postulada. Inexistindo outros elementos fático probatórios, mantenho a sentença que não reconheceu a existência de dano moral.

5. Honorários assistenciais

Ressalvado meu entendimento - no sentido de que indispensável a juntada de credencial sindical, conforme exigência da Lei 5.584/70, e orientação emanada na Súmula 219 do TST -, acompanho a posição majoritária deste Regional, no sentido de que, mesmo na esfera processual trabalhista, em existindo declaração de carência econômica na forma da lei, são cabíveis honorários de assistência judiciária, razão de 15% do valor bruto da condenação, adotando, por disciplina judiciária, sua Súmula nº 61.

Destaco que, embora a súmula regional contrarie a jurisprudência cristalizada no TST, deve ser levado em conta que não há vinculação e, portanto, tenho por prequestionada a matéria para todos os efeitos legais, inclusive a teor da Súmula nº 297 do TST.

Considerando a declaração de pobreza juntada (id. 1005165), são devidos honorários assistenciais.

Especificamente quanto à declaração de carência econômica, por força da Lei nº 7.115/83, presume-se verdadeira até prova em contrário. Portanto, eventual falsidade contida nesta deve ser objeto de inequívoca comprovação, ausente no feito.

Dou provimento ao recurso para acrescer a condenação com o pagamento de honorários assistenciais à razão de 15% sobre o valor total bruto da condenação, conforme orienta a Súmula 37 deste Regional.

CARMEN IZABEL CENTENA GONZALEZ

Relator

VOTOS**PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:****DESEMBARGADORA CARMEN GONZALEZ (RELATORA)****DESEMBARGADOR EMÍLIO PAPALÉO ZIN****DESEMBARGADORA DENISE PACHECO**



Em Foco



EM FOCO

ORGANIZADO POR
RAPHAEL MIZIARA E THEREZA C. NAHAS

ADVOGADO: ENTENDA COMO FUNCIONA A MEDIAÇÃO¹

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem em tramitação 80,1 milhões de ações nos tribunais brasileiros, sendo que 29,1 milhões foram ajuizadas somente em 2017(1). Paralelamente ao crescimento dos litígios, o Judiciário vem ampliando sua estrutura e investindo em concursos públicos, contudo esses esforços não trarão resultados satisfatórios para a sociedade, haja vista a crescente judicialização e o passivo que a cada ano se acumula. Por conseguinte, casos simples e complexos, urgentes e banais vão se arrastando por anos e anos, o que se agrava diante das inúmeras possibilidades de interposição de recursos.

Esse interesse demasiado pelo processo tem várias causas, porém podemos destacar o colapso do Estado que não consegue fornecer aos cidadãos os seus direitos básicos (saúde, educação, segurança) e serviços adequados (água, luz, transporte), bem como uma cultura processual de conflito. Ocorre que o final do serviço prestado pelo Judiciário muitas vezes não agrada ao “vencedor” da demanda e piora ainda mais a situação do “perdedor”.

Como uma forma de corrigir esses problemas, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) inverteu a cultura baseada em litígio para uma cultura de pacificação social. Com isso, o Novo CPC incentiva inúmeras medidas alternativas de solução de conflitos, como a mediação.

O QUE É MEDIAÇÃO?

A mediação é uma técnica negocial utilizada em conflitos multidimensionais, complexos ou de relação continuada, em que um terceiro (mediador) busca facilitar a comunicação entre as partes para que estas atinjam uma solução

1. Disponível em: [www.mylex.net/br//Advogado-entenda-funciona-mediacao-Novo-CPC_0_2510148961.html?utm_medium=email&utm_source=registered-users&utm_campaign=plandemkt18_80].

satisfatória por meio de uma autocomposição. Logo, mediar é muito mais que perguntar se há proposta de acordo!

COMO FUNCIONA A MEDIAÇÃO NO NOVO CPC?

No Novo CPC a mediação pode ser oportunizada em qualquer fase do processo (arts. 3º, § 3º, e 139, inc. IV, do NCPC), porém, no procedimento ordinário ela se dá antes da contestação (art. 334 do NCPC). Portanto, a legislação processual oferta a possibilidade de composição do conflito antes mesmo da perfectibilização da triangulação processual.

Isso possibilita que as partes dialoguem mais com o fito de verificar, inicialmente ou no decorrer do processo, a necessidade do litígio e, uma vez necessário, se ao final o resultado será proveitoso, tendo em vista o tempo, o custo e a incerteza do resultado.

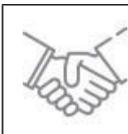
Importante que se diga que a audiência de mediação não será presidida pelo juiz da causa, mas sim por um mediador habilitado que poderá já ter um vínculo anterior com as partes. Tudo isso para auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º, do NCPC).

Os encontros para mediação serão regidos pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada (art. 166 do NCPC). Ou seja, as partes têm total liberdade para construir uma solução ao conflito, entretanto, caso não haja uma composição, todas as conversas, alegações e tratativas realizadas nessas audiências não poderão ser utilizadas no processo, nem mesmo o mediador poderá depor sobre o ocorrido (art. 166, § 2º, do NCPC).

EM QUE SITUAÇÕES SE APLICA A MEDIAÇÃO?

A mediação se aplica em todo tipo de litígio em que há direitos disponíveis. Contudo, são nos conflitos de família, vizinhança e de consumo que essa medida alternativa de solução de conflitos vem sendo muito utilizada e com excelentes resultados.

QUAIS SÃO OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO?



Maior rapidez na resolução do conflito

	Solução mais adequada aos interessados
	Menor custo financeiro
	Redução do desgaste emocional
	Maior satisfação na resolução do conflito
	Mais privacidade
	Liberdade de escolha de um profissional pelas partes

Portanto, é possível reduzir o custo com o processo e ter uma solução mais célere e adequada. Com a mediação pode-se restabelecer o diálogo e ter um papel de protagonista da busca de uma resolução mais justa do conflito.

Caso queira saber mais sobre mediação separamos algumas decisões recentes sobre o tema:

✓ Ação de despejo por falta de pagamento que teve a sentença anulada por falta de designação da audiência de mediação/conciliação (TJRJ, Apelação Cível 0038360-92.2016.8.19.0210, DJ 26.03.2018);

✓ Análise de pedido para suspensão da execução provisória até o final das sessões de mediação (TJRS, Agravo de Instrumento 70072944259, DJ 16.08.2017);

✓ Homologação de acordo firmado no curso de demanda indenizatória por danos materiais e morais (TJSP, Agravo de Instrumento 2006241-29.2018.8.26.0000, DJ 03.05.2018);

✓ Debate sobre a não realização de audiência de mediação em ação de despejo por denúncia vazia (TJRJ, Apelação Cível 0152847-86.2017.8.19.000, DJ 02.02.2018);

✓ Ação declaratória de inexistência de débito julgada extinta sem resolução de mérito, haja vista o não atendimento a intimação para participar de projeto alternativo de resolução de conflito (TJRS, Apelação Cível 70077262566, DJ 04.06.2018).

Edwin Figueroa Gutarra. Dimensiones del Estado neoconstitucional. Texto completo disponível em [<https://edwinfigueroag.wordpress.com/dimensiones-del-estado-neoconstitucional/>].

La relación entre Estado y derechos fundamentales ha generado, a inicios del siglo XXI, una simbiosis indisoluble que a su vez nos lleva a diversos planos de reflexiones. Un primer escenario se refiere a qué tipo de Estado es aquel en el cual los derechos fundamentales logran un tipo de realización tangible; y un segundo esquema de reflexión, de suyo relevante, se vincula a cuál es el nivel de realización de los derechos fundamentales en el plano de los Estados constitucionales, qué se ha alcanzado y cuál es su nivel de trascendencia con relación a los derechos fundamentales de las personas, en directa relación con los estándares que deben manejar los Estados por una defensa permanente de tales derechos en un contexto en el cual la progresividad de estos derechos significa que no son viables restricciones ni retrocesos respecto a los mismos.

La presente ponencia aspira a desarrollar ítems de vinculación en la perspectiva de que los derechos fundamentales pueden lograr un desarrollo sustantivo sobre la base de un Estado de Derecho en el cual la observancia por estos derechos no solo se constituya en una legítima aspiración de los ciudadanos, sino en el cual, en la perspectiva de los valores axiológicos, morales y éticos que caracterizan a los derechos fundamentales, podamos formarnos una visión de lo tangible que resulta estandarizar las pautas de defensa de estos derechos.

Parte de esta reflexión, de igual forma, alude a ese permanente contraste entre razón fuerte y razón débil, que en buena cuenta representa la controversia permanente entre la norma jurídica en su expresión de regla de racionalidad, y los derechos fundamentales, también denominados principios, en su despliegue de razonabilidad, aceptabilidad o mandatos de realización de la mejor forma posible, en su calidad de mandatos de optimización. He aquí un detalle de relevancia para comprender mejor el sentido prescriptivo de realización de los derechos fundamentales, los cuales no gozan de la estructura silogística de las reglas jurídicas. Entonces, si el mandato de realización de los derechos fundamentales es el mejor posible en el sentido de que se optimice de la mejor forma posible su contenido, entonces los mismos constituyen un valor axiológico, un componente valorativo que entra a tallar en el plano de examen de los intérpretes constitucionales desde una perspectiva garantista y por qué no decirlo amplia en el sentido que le asigna Häberle en su propuesta de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución

Frente a este aserto fluye una interrogante: si los derechos fundamentales son mandatos que ordenan la realización de un derecho en la mejor forma posible, ¿solo gozan ellos entonces de una visión axiológica? Y si lo axiológico es una expresión de razonabilidad, ¿los mandatos sobre derechos fundamentales acaso no gozan de coercitividad? Desentrañar esta duda nos remite a un necesario escenario de diferenciación: un primer plano de creación del derecho y uno de realización del mismo. Los derechos fundamentales, en el plano de su concepción, implican una creación débil del derecho, en tanto suponen mandatos de optimización. Sin embargo, en cuanto los mismos resultan insertos en decisiones jurisdiccionales que disciernen sobre derechos fundamentales, los derechos fundamentales abandonan su carácter de razón débil, y abordan la dimensión de una razón fuerte, para convertirse en expresiones sustantivas de realización de postulados no solo prescriptivos desde una visión de la Constitución, sino en realizaciones tangibles de sus contenidos intrínsecos de juricidad y moralidad. Así, en el lenguaje de Hesse, la Constitución “se realiza”.

Lo antes señalado, ¿acaso significaría que los postulados constitutivos y prescriptivos de la Constitución son solo enunciados axiológicos y que no reúnen fuerza obligacional? En modo alguno y por el contrario, su condición de mandatos de optimización exige que en todo tiempo y lugar, los intérpretes constitucionales opten por preferir, bajo la égida de los principios *pro homine* y de humanidad, la realización de estos derechos.

EUROFOUND²

O trabalho em plataformas é uma forma de emprego que utiliza uma plataforma online para atender à oferta e à demanda de mão de obra paga. Na Europa, o trabalho em plataformas ainda é pequeno em escala, mas está se desenvolvendo rapidamente. Os tipos de trabalho oferecidos por meio de plataformas estão sempre aumentando, assim como os desafios para as estruturas regulatórias existentes. Este relatório explora as condições de trabalho e emprego de três dos tipos mais comuns de plataforma de trabalho na Europa. Para cada um desses tipos, a Eurofound avalia o ambiente físico e social, a autonomia, o estatuto de emprego e o acesso à proteção social, e os lucros e a tributação, com base em entrevistas com trabalhadores de plataformas. Uma análise comparativa dos quadros regulamentares aplicáveis ao trabalho em plataformas em 18 Estados-Membros da UE acompanha essa revisão. Examina-se o *status* de emprego dos trabalhadores, as relações formais entre clientes, trabalhadores e plataformas, e a organização e representação de trabalhadores e plataformas.

2. Disponível em: [www.eurofound.europa.eu/].

INFORME DISPONÍVEL PARA DOWNLOAD: *EMPLOYMENT AND WORKING CONDITIONS OF SELECTED TYPES OF PLATFORM WORK. DIARIO DE LA LEY*³

Isabel Desviat. *El derecho de huelga, derecho fundamental* que está reconocido en nuestra Constitución (artículo 28.2) legitima a cualquier trabajador para ausentarse de su trabajo, al entenderse que esta ausencia está justificada, pero ¿*debe el empleado avisar a su empresa de que secundará la huelga?*

Esta sentencia, dictada recientemente por un juzgado de lo social de Figueres (La Ley 125953/2018), analiza un caso en que el trabajador es sancionado por falta grave, al abandonar su puesto de trabajo sin previo aviso.

ABANDONO DEL PUESTO DE TRABAJO

La empresa envió burofax al trabajador indicándole que había cometido una infracción laboral de carácter grave, de acuerdo con el convenio colectivo de aplicación (el Estatal de pastas papel y cartón). Se le impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo de dos días.

El empleado, encargado del manejo de una máquina estucadora, maquina industrial compleja de gran tonelaje y envergadura que requiere supervisión constante, se ausentó de su puesto de trabajo sin previo aviso.

Su ausencia se debió a que había secundado el paro que habían convocado los sindicatos mayoritarios, que afectaba a todas las actividades laborales.

EL TRABAJADOR NO TENÍA LA OBLIGACIÓN DE AVISAR SOBRE EL EJERCICIO DE SU DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga está contemplado en nuestra Constitución y se entiende que en caso de secundarse, la ausencia del puesto de trabajo está legitimada.

Según indica el juzgado se trata de un derecho individual de cada trabajador, y no existe obligación de avisar de que se ejercerá el derecho.

Si bien a efectos de organización *es conveniente poner sobre aviso, esto no significa que la ausencia de aviso pueda sancionarse*. En caso de que en la actividad del trabajador exista algún riesgo es la empresa y los representantes de los trabajadores los que fijen los servicios de seguridad y mantenimiento que sean necesarios.

3. Disponible: [<http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbH1czUwMDA0NzI1MrdUK0stKs7Mz7M1MjC0MDQwMAEJZKZ-VuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAD7hDMzUAAAA=WKE>]

En consecuencia, según el juzgado, *la actuación del trabajador no mereció reproche alguno*, ni tampoco su falta de anticipación de su voluntad de secundar la huelga, ni sumarse a ella sin advertirlo tampoco a sus compañeros.

La sanción impuesta al trabajador es revocada y dejada sin efecto, al no tratarse de hechos sancionables.

OXFAM. BRASIL⁴

Gol da Alemanha! A rede Lidl, maior supermercado alemão e terceiro da Europa, anunciou no final de setembro que suas lojas na Alemanha e Suíça só venderão bananas produzidas de acordo com regras de comércio justo (“fair-trade”), o que significa uma exigência de melhores condições de trabalho e produção. A Lidl tem mais de 3 mil lojas na Alemanha e 100 na Suíça, de um total de mais de 10 mil estabelecimentos em toda a Europa e também nos Estados Unidos.

Parte das bananas consumidas pelos alemães são produzidas no Brasil. Em 2017, exportamos cerca de 20 toneladas para a Alemanha, país que é o *10º maior destino da banana brasileira*. O maior destino das bananas brasileiras é o Uruguai, com mais de 21 mil toneladas, seguido da Argentina (16,5 mil toneladas).

“Apesar da exportação de banana para Alemanha não ser o destino mais relevante para o Brasil, a exigência de melhores condições de trabalho e produção pelo 3º maior supermercado europeu, o Lidl, pode trazer um impacto positivo para o setor como um todo”, afirma Gustavo Ferroni, coordenador de programas da Oxfam Brasil. Em junho de 2018 a Oxfam Brasil *lançou o relatório Hora de Mudar* que revela como os grandes supermercados do mundo lucram bilhões às custas de péssimas condições de trabalho, pobreza e sofrimento de milhões de homens e mulheres trabalhadores e agricultores em diversas partes do mundo.

A decisão da rede de supermercados Lidl de só comercializar bananas produzidas de maneira justa em suas lojas na Alemanha e Suíça é uma grande vitória para todos os trabalhadores e agricultores do setor, que em geral ficam com muito pouco do valor final do produto comercializado.

Por exemplo: trabalhadores da banana no Equador *ficam apenas com 7,6% do valor final do produto* que é vendido na Europa e nos Estados Unidos. Já os supermercados europeus e americanos ficam com quase 40% do valor.

4. Disponível em: [www.oxfam.org.br/noticias/maior-supermercado-alemao-so-vendera-bananas-produzidas-de-maneira-justa].

O QUE É QUE A BANANA TEM?

As bananas são produzidas predominantemente na Ásia, América Latina e África. Os maiores produtores são Índia (29 milhões de toneladas por ano, média entre 2010 e 2015), China (11 milhões de toneladas por ano) e Filipinas (9 milhões de toneladas por ano). O Brasil produziu 7 milhões de toneladas por ano, em média, no mesmo período.

O Brasil é o segundo país que mais consome banana per capita e um dos maiores produtores do mundo, mas a maior parte do que se produz no país é consumido internamente. O Brasil exporta pouca banana: é apenas o 46º país em exportação.

A maior exportadora de bananas do mundo é a empresa Chiquitita, que foi comprada em 2017 pelas empresas brasileiras Cutrale e Banco Safra.

HUMAN RIGHTS WATCH⁵

Os países precisam proteger a privacidade na era digital

Os governos do mundo todo precisam proteger de forma efetiva a privacidade online por meio de políticas e leis mais fortes, dado o aumento da vigilância eletrônica generalizada. Há uma necessidade urgente de rever as práticas nacionais de vigilância para proteger a privacidade de todos ou correr o risco de limitar seriamente o potencial da Internet.

O crescimento global das comunicações digitais juntamente com o aumento das forças do governo no que se refere à informática impulsionaram novas e abrangentes práticas de vigilância. A justificativa para a utilização dessas táticas a partir de um marco jurídico desatualizado tem permitido intrusões altamente invasivas ao direito à privacidade. Para orientar os países na modernização de seus sistemas de proteção de privacidade, a Human Rights Watch endossou um conjunto de Princípios Internacionais sobre a Aplicação dos Direitos Humanos na Vigilância das Comunicações, lançado em Genebra, em 20 de setembro de 2013, por um amplo grupo de organizações da sociedade civil.

“As revelações chocantes do monitoramento de massa realizado pelos EUA e Reino Unido mostram como os sistemas de proteção da privacidade não acompanharam o ritmo das tecnologias”, afirma Cynthia Wong, pesquisadora sênior da área de Internet da Human Rights Watch. “À medida que nossa vida se torna cada vez mais digitalizada, a vigilância irrestrita pode corroer os direitos e as garantias legais de todos”.

5. Disponível em: [www.hrw.org/pt/news/2013/09/20/251221].

Os Princípios Internacionais fornecem orientação imediata aos governos e fazem recomendações para garantir que as práticas de vigilância das comunicações sejam lícitas, necessárias, proporcionais e sujeitas às devidas garantias contra abuso. Os princípios, endossados por mais de 250 grupos não governamentais, surgiram a partir de um processo consultivo promovido entre especialistas em vigilância das comunicações, em política e tecnologia, que perdurou um ano.

É preciso que os governos se comprometam a analisar suas práticas nacionais de vigilância e garantam que estejam de acordo com esses princípios e com as recomendações do Relator Especial para Liberdade de Expressão, afirmou a Human Rights Watch.

Em seu discurso de abertura na atual sessão do Conselho dos Direitos Humanos da ONU, em 9 de setembro, a Alta Comissária das Nações Unidas para Direitos Humanos, Navi Pillay, demonstrou preocupação sobre a abrangência dos programas de vigilância, inclusive nos EUA e no Reino Unido. Pillay instou todos os países a garantirem proteções adequadas para resguardar o direito à privacidade e outros direitos humanos, mesmo “quando preocupações de segurança nacional possam justificar o uso excepcional e pouco adequado da vigilância”.

As observações de Pillay ecoaram as recomendações cautelosas de Frank La Rue, Relator Especial para Liberdade de Expressão da ONU, constantes em seu relatório anual ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, datado de abril. Ele alertou que marcos jurídicos inadequados “criam um terreno fértil para violações arbitrárias e ilegais do direito à privacidade nas comunicações e, conseqüentemente, também ameaçam a proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão”.

Tanto Pillay quanto La Rue reconheceram que leis nacionais não acompanharam o ritmo das mudanças tecnológicas, afirma a Human Rights Watch. Muitos regimes jurídicos de vigilância foram estabelecidos antes do surgimento das mídias sociais e quando a comunicação transfronteiriça era relativamente rara. Na era pré-internet, técnicas de vigilância convencionais eram trabalhosas e demoradas, o que ajudava a restringir as práticas arbitrárias e abusivas.

Hoje, as autoridades podem obter informações detalhadas sobre a vida de uma pessoa com um simples pedido a uma empresa de telefonia celular. Os custos de armazenamento de dados e de processamento computacional continuam a cair, o que viabiliza a interceptação em massa de cabos de fibra óptica. À medida que muitos aspectos da vida das pessoas tornam-se digitais, os governos serão capazes de rastrear a localização, as associações e as comunicações das pessoas de forma ainda mais eficaz.

Os detalhes dos programas de vigilância dos EUA e do Reino Unido revelados pelo ex-técnico da Agência de Segurança Nacional (NSA) dos Estados Unidos são emblemáticos dessa tendência. As informações reveladas pelo *The Guardian* em 21 de junho sugerem que, desde 2011, o serviço de inteligência britânico GCHQ interceptava cabos de fibra óptica que carregavam dados de Internet dentro e fora do Reino Unido. Os relatos do *The Guardian* alegam que esses dados incluem gravações de telefonemas, conteúdos de e-mail, bem como dados sobre o uso de sites e mídias sociais e que o Reino Unido pode estar compartilhando dados com os Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, documentos secretos e opiniões judiciais revelaram que os programas de vigilância dos EUA não são nem restritos nem proporcionais, afirmou a *Human Rights Watch*. Relatos de imprensa indicam que os EUA estão acessando grandes quantidades de dados por meio da interceptação de cabos e por meio da solicitação das comunicações de usuários armazenadas pelas principais empresas de Internet e telecomunicações que operam globalmente. Embora a extensão da coleta de dados e seu uso exato ainda não estejam claros, os documentos divulgados sugerem que as garantias de privacidade atuais foram violadas milhares de vezes nos últimos anos, colocando em dúvida a adequação dos mecanismos de fiscalização.

Os governos dos Estados Unidos e do Reino Unido parecem estar invadindo a vida digital de pessoas do mundo todo que, em sua maioria, não são suspeitas de nenhum tipo de delito. Um fator ainda mais preocupante: nenhum dos governos parece disposto a reconhecer publicamente os interesses de privacidade de pessoas fora de suas fronteiras, seja por lei ou retórica.

No entanto, problemas com os programas de vigilância dos Estados Unidos e do Reino Unido são representativos de uma questão mais ampla e global. Dada a natureza intrusiva da vigilância digital, todos os governos devem rever suas práticas e atualizar as leis para garantir a proteção dos dados de todos os usuários, independentemente de sua cidadania ou localização, afirma a *Human Rights Watch*.

As ações dos Estados Unidos e do Reino Unido também chamam a atenção para as formas com as quais os governos estão cada vez mais pressionando empresas de Internet e telecomunicações para ajudarem no monitoramento de atividades na Internet. Os usuários de Internet confiam nas empresas para armazenarem e transmitirem os detalhes mais íntimos da vida cotidiana. Essas empresas têm a responsabilidade de proteger a privacidade do usuário e evitar contribuir para o uso indevido da vigilância pelos governos.

Seguindo os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos em 2011, e as

diretrizes da Global Network Initiative (GNI), as empresas de tecnologia precisam demonstrar que estão do lado dos usuários e que buscam operar da forma mais transparente. A GNI é uma união global de empresas, organizações de direitos humanos, investidores e acadêmicos, formada para tratar das questões de responsabilidade corporativa no setor de tecnologia. Os governos deveriam permitir que as empresas divulgassem dados agregados sobre pedidos de vigilância.

Assim como as leis nacionais se tornaram desatualizadas, as normas internacionais também não acompanharam o ritmo das mudanças tecnológicas. O Comentário Geral 16 do Comitê de Direitos Humanos, sobre o direito à privacidade, não é atualizado desde 1988, ou seja, antes do surgimento da Internet comercial. Reconhecendo esta realidade, La Rue pediu à Comissão de Direitos Humanos que considere editar um novo comentário geral sobre o direito à privacidade. A Human Rights Watch apoia a recomendação do Relator Especial de avançar na compreensão internacional a respeito de como os novos recursos de vigilância podem comprometer a privacidade e outros direitos.

“Sem atualizações nos regimes nacionais de privacidade, estamos caminhando a passos largos rumo a um mundo em que a privacidade desaparece imediatamente após acessarmos a Internet ou fazermos um telefonema”, afirma Wong. “Como a adesão à Internet e ao celular aumenta cada vez mais em todo o mundo, cada país deve garantir que seu povo use essas tecnologias sem medo de intrusões invasivas e desproporcionais a sua vida privada”.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico, o qual, caso as aceite, poderá adaptá-los e encaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e das condições da *Cessão de Direitos Autorais de Colaboração Autoral Inédita e Termo de Responsabilidade*, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais.
 - 2.1. A publicação ocorrerá em duplo formato: impresso e digital.
 - 2.2. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicado nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa, seja em mídia eletrônica.
 - 2.3. O material recebido e não publicado não será devolvido.
3. Normas de publicação
 - 3.1. Formatação exigida para os artigos
 - (a) Tamanho do papel: A4.
 - (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 30 laudas (cada lauda deve ter 2.100 caracteres sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia), com exceção dos comentários jurisprudenciais e legislativos, que poderão contar com um número de laudas inferior ao mínimo estabelecido.
 - (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm.
 - (d) Alinhamento: justificado.
 - (e) Fonte: Times New Roman, normal, com tamanho 12 para título, corpo de texto, citações e sumário e tamanho 10 para notas de rodapé (não utilizar notas de fim).
 - (f) Espaçamento entre linhas: 1,5.
 - (g) Destaques: em itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado.
 - (h) Citações: entre aspas – quando ultrapassar três linhas, usar recuo de 4 cm (nesse caso, não usar aspas). Caso haja destaque em citação, indicar “grifo nosso” se for do autor do artigo e “grifo do autor” se for do autor citado (original).

(i) Título do artigo em português e em inglês.

(j) Lista de cinco palavras-chave em português e em inglês (*keywords*).

(k) Resumo do artigo em português e em inglês com, no máximo, 750 caracteres (sem espaços).

(l) O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo: Pós-Doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

(m) As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os

dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites, deve-se indicar a data de acesso. Ex.: STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc]. Acesso em: 22.10.2017.

4. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro, os arquivos devem ser gravados no formato *.rtf* (de leitura comum a todos os processadores de texto). Indicar no assunto do *e-mail* o nome da revista para a qual deseja que o artigo seja avaliado.
5. Pressupõe-se a autorização de publicação dos artigos encaminhados, quando aprovados. Após a aprovação, será enviada uma cessão de direitos autorais, para que o Autor possa receber um exemplar de cortesia da publicação.

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. danielop@globocom

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitável que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

Diagramação eletrônica:
Linotec Fotocomposição e Fitolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação:
DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

