



Revista do
Tribunal
Regional do
Trabalho da
12^a Região



“VIVEMOS TEMPOS LÍQUIDOS.
NADA É PARA DURAR.”

Zygmunt Bauman



ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA 12ª REGIÃO

DIREÇÃO

Dr. ROBERTO BASILONE LEITE
Desembargador do Trabalho-Diretor

Ma. MARIA BEATRIZ VIEIRA DA SILVA GUBERT
Juíza Titular de Vara do Trabalho-Vice-Diretora

COORDENAÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA (atualização – setembro/2019)

TERESA REGINA COTOSKY
Desembargadora do Trabalho

Me. WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho

REINALDO BRANCO DE MORAES
Juiz Titular de Vara do Trabalho-Coordenador Pedagógico

Me. NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Ma. DESIRRÉ DORNELLES DE ÁVILA BOLLMANN
Juíza Titular de Vara do Trabalho

Dr. ALESSANDRO DA SILVA
Juiz do Trabalho Substituto

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho Substituto

CONSELHO PEDAGÓGICO (atualização – setembro/2019)

Ma. LÍLIA LEONOR ABREU
Desembargadora do Trabalho

Me. AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargador do Trabalho

Me. ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador do Trabalho

Me. DANIEL NATIVIDADE RODRIGUES DE OLIVEIRA
Juiz representante da 1ª Região Socioeconômica

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz representante da 2ª Região Socioeconômica

RICARDO JAHN
Juiz representante da 3ª Região Socioeconômica

VALQUIRIA LAZZARI DE LIMA BASTOS
Juíza representante da 4ª Região Socioeconômica

MARCOS HENRIQUE BEZERRA CABRAL
Juiz representante da 5ª Região Socioeconômica

Ma. NELZELI MOREIRA DA SILVA LOPES
Juíza representante da 6ª Região Socioeconômica

KAREM MIRIAN DIDONÉ
Juíza representante da 7ª Região Socioeconômica

CARLOS FREDERICO FIORINO CARNEIRO
Juiz representante da 8ª Região Socioeconômica

JOSÉ CARLOS KÜLZER
Presidente da AMATRA 12 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região

Juiz Representante do Programa Trabalho Seguro

Juiz Representante do Programa Trabalho Infantil

Juiz Auxiliar Gestor de Metas do TRT da 12ª Região

Magistrado representante do Comitê Gestor Regional para a Gestão e Implementação da
Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição

Magistrado Gestor Regional da Execução

Representante do CONAP
Núcleo Permanente de Conciliação e Apoio às Unidades Judiciárias de Primeira Instância do
TRT da 12ª Região

Representante do SEDUC
Serviço de Educação Corporativa do TRT da 12ª Região

Representante do SEDJUR
Serviço de Documentação, Divulgação e Jurisprudência do TRT da 12ª Região

COMITÊ EDITORIAL

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Me. OSCAR KROST
Juiz do Trabalho Substituto

Me. DANIEL LISBÔA
Juiz do Trabalho Substituto

CONSELHO DA REVISTA

Dr. ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Ministro do TST

Dr. CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS
Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Campinas/SP

Dr. CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE
Professor da Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Dra. DANIELA MURADAS REIS
Professora da UFMG

Dra. FLÁVIA PIOVESAN
Professora da PUC/SP

Dr. GIOVANNI OLSSON
Juiz Titular da 4ª Vara do Trabalho de Chapecó/SC

Dra. GISELE GUIMARÃES CITTADINO
Professora da PUC/RJ

Dr. JOSÉ FELIPE LEDUR
Desembargador do Trabalho TRT 4ª Região

Dr. JOSÉ RICARDO FERREIRA CUNHA
Professor da UERJ

Dr. LEONARDO VIEIRA WANDELLI
Juiz Titular da Vara do Trabalho de São José dos Pinhais/PR

Dr. MAURO SCHIAVI
Juiz Titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP

Dra. SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA
Desembargadora do Trabalho TRT 1ª Região
Professora da UFRJ

Dr. VALERIO DE OLIVIERA MAZZUOLI
Professor da UFMT

AVALIADORES

ADRIANA CUSTÓDIO XAVIER DE CAMARGO
Juíza Titular de Vara do Trabalho

ANDREA MARIA LIMONGI PASOLD
Juíza do Trabalho Substituta

JANICE BASTOS
Juíza do Trabalho Substituta

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho Substituto

Me. NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Me. OSCAR KROST
Juiz do Trabalho Substituto

REINALDO BRANCO DE MORAES
Juiz Titular de Vara do Trabalho

VALQUIRIA LAZZARI DE LIMA BASTOS
Juíza Titular de Vara do Trabalho

Me. WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho

SECRETARIA EXECUTIVA

Matheus Della Giustina Perin

Norberto Dornelles Villar

Rosangela Gervini Alves Pereira

Simone Pereira

Soraya Oliveira de Assis



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 12ª REGIÃO**

v.22 n. 31 2019 – Florianópolis/SC

ISSN 1984-3658

R. do Trib. Reg. Trab. 12ª R.	Florianópolis	v. 22	n. 31	p. 1-340	2019
-------------------------------	---------------	-------	-------	----------	------

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Projeto Gráfico e Diagramação
Nuovo Design Ltda.

Revisão Geral
Rosângela Gervini Alves Pereira
Soraya Oliveira de Assis

Impressão
Coan Indústria Gráfica Ltda.

Contato
Av. Jornalista Rubens de Arruda Ramos, 1588 – 11º andar – Centro
Telefone (48) 3298-5680 - CEP 88015-700 – Florianópolis – SC
escolajudicial@trt12.jus.br

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 12ª
Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do
TRT da 12ª Região. - v.1, n.1 (jun. 1993) – Florianópolis: TRT da 12ª Região,
1993 -

Anual

Irregular até 2005; interrompida em 2006; anual em 2007.

Publicada também como Revista Eletrônica no *site* do TRT da 12ª Região.
ISSN 1984-3658

1. Direito do Trabalho - Periódico. 2. Doutrina I. Santa Catarina. Tribunal
Regional do Trabalho da 12ª Região.

Ficha elaborada conforme as normas do Código de Catalogação Anglo-Americano 2. ed., revisão 2002.
É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes nesta revista, desde que citada a fonte.
O conteúdo dos textos é de responsabilidade de seus autores.

**Composição
do TRT da
12^a Região**

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Administração – 2017/2019

MARI ELEDA MIGLIORINI
Desembargadora-Presidente

ROBERTO BASILONE LEITE
Desembargador-Vice-Presidente

JOSÉ ERNESTO MANZI
Desembargador-Corregedor Regional

TRIBUNAL PLENO

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI - Presidente
Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE – Vice-
Presidente
Desembargador do Trabalho JOSÉ ERNESTO MANZI – Corregedor

Desembargadora do Trabalho LÍLIA LEONOR ABREU
Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA
Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA
Desembargadora do Trabalho GISELE PEREIRA ALEXANDRINO
Desembargador do Trabalho GILMAR CAVALIERI
Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA
Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
Desembargadora do Trabalho MARIA DE LOURDES LEIRIA
Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY
Desembargador do Trabalho ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador do Trabalho WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho HÉLIO BASTIDA LOPES
Desembargadora do Trabalho MIRNA ULIANO BERTOLDI
Desembargadora do Trabalho QUÉZIA DE ARAÚJO DUARTE NIEVES
GONZALEZ

SEÇÃO ESPECIALIZADA 1

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI- Presidente
Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE – Vice-
Presidente
Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY
Desembargador do Trabalho ROBERTO LUIZ GUGLIEMMETTO
Desembargador do Trabalho WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho HÉLIO BASTIDA LOPES
Desembargadora do Trabalho MIRNA ULIANO BERTOLDI
Desembargadora do Trabalho QUÉZIA DE ARAÚJO DUARTE NIEVES
GONZALEZ

SEÇÃO ESPECIALIZADA 2

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI - Presidente
Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE – Vice-
Presidente
Desembargadora do Trabalho LÍLIA LEONOR ABREU
Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA
Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA
Desembargadora do Trabalho GISELE PEREIRA ALEXANDRINO
Desembargador do Trabalho GILMAR CAVALIERI
Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA
Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
Desembargadora do Trabalho MARIA DE LOURDES LEIRIA

PRIMEIRA TURMA

Primeira Câmara

Desembargador Wanderley Godoy Junior – Presidente
Desembargador Hélio Bastida Lopes
Desembargador Roberto Luiz Guglielmetto

SEGUNDA TURMA

Terceira Câmara

Desembargador Gilmar Cavalieri
Desembargador Amarildo Carlos de Lima – Presidente da 2ª Turma e
Presidente desta Câmara
Desembargadora Quézia de Araújo Duarte Nieves Gonzalez

Quarta Câmara

Desembargador Marcos Vinicio Zanchetta – Presidente desta Câmara

Desembargador Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira

Desembargador Gracio Ricardo Barboza Petrone

TERCEIRA TURMA

Quinta Câmara

Desembargadora Ligia Maria Teixeira Gouvêa – Presidente da 3ª Turma e
Presidente desta Câmara

Desembargadora Gisele Pereira Alexandrino

Desembargadora Maria de Lourdes Leiria

Sexta Câmara

Desembargadora Lília Leonor Abreu – Presidente desta Câmara

Desembargadora Teresa Regina Cotosky

Desembargadora Mirna Uiliano Bertoldi

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juíz Titular	Vara do Trabalho
Adailto Nazareno Degering	2ª VT de Criciúma
Adilton José Detoni	VT de Concórdia
Alfredo Rego Barros Neto	VT de São Bento do Sul
Andrea Cristina de Souza Haus Bunn	3ª VT de Lages
Antônio Silva do Rego Barros	5ª VT de Joinville
Carlos Alberto Pereira de Castro	7ª VT de Florianópolis
Carlos Frederico Fiorino Carneiro	1ª VT de Chapecó
César Nadal Souza	1ª VT de Joinville
Daniel Natividade Rodrigues de Oliveira	6ª VT de Florianópolis
Deisi Senna Oliveira	2ª VT de Chapecó
Desirré Dornelles de Ávila Bollmann	1ª VT de Blumenau
Elaine Cristina Dias Ignácio Arena	3ª VT Criciúma
Erno Blume	4ª VT de Criciúma
Eronilda Ribeiro dos Santos	3ª VT de Joinville
Etelvino Baron	VT de Caçador
Fernando Luiz de Souza Erzinger	1ª VT de Jaraguá do Sul
Giovanni Olsson	4ª VT de Chapecó
Gustavo Rafael Menegazzi	VT de Fraiburgo
Hélio Henrique Garcia Romero	1ª VT de Brusque
Ilma Vinha	1ª VT de B. Camboriú
Rosilaine Barbosa Ishimura Sousa	2ª VT de B. Camboriú
Jayme Ferrolho Junior	2ª VT de Blumenau
João Carlos Trois Scalco	2ª VT de Jaraguá do Sul
Jony Carlo Poeta	1ª VT de São José

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juíz Titular	Vara do Trabalho
José Carlos Külzer	VT de Palhoça
José Eduardo Alcântara	VT de Mafra
José Lucio Munhoz	3ª VT de Blumenau
Julieta Elizabeth Correia de Malfussi	1ª VT Rio do Sul
Karem Mirian Didoné	2ª VT de Lages
Lauro Stankiewicz	VT de Canoinhas
Leonardo Frederico Fischer	2ª VT de Rio do Sul
Luciano Paschoeto	1ª VT Florianópolis
Luiz Osmar Franchin	VT de Videira
Magda Eliéte Fernandes	3ª VT de São José
Marcel Luciano Higuchi Viegas dos Santos	VT de Imbituba
Maria Aparecida Ferreira Jeronimo	3ª VT de Florianópolis
Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert	4ª VT de Florianópolis
Miriam Maria D'Agostini	2ª VT de São José
Narbal Antônio de Mendonça Fileti	2ª VT de Tubarão
Nelzeli Moreira da Silva Lopes	VT de Timbó
Nivaldo Stankiewicz	4ª VT de Joinville
Ozéas de Castro	VT de Curitibanos
Patrícia Braga Medeiros	1ª VT Criciúma
Patrícia Pereira de Sant'Anna	1ª VT de Lages
Régis Trindade de Mello	VT de Xanxerê
Reinaldo Branco de Moraes	VT de Indaial
Ricardo Córdova Diniz	3ª VT de Itajaí

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juíz Titular	Vara do Trabalho
Ricardo Kock Nunes	1ª VT de Tubarão
Roberto Masami Nakajo	2ª VT de Brusque
Rodrigo Gamba Rocha Diniz	VT Joaçaba
Rodrigo Goldschmidt	VT de Araranguá
Sandra Silva dos Santos	1ª VT de Itajaí
Silvio Ricardo Barchehen	4ª VT de Blumenau
Tatiana Sampaio Russi	2ª VT de Joinville
Ubiratan Alberto Pereira	2ª VT de Itajaí
Valquiria Lazzari de Lima Bastos	VT de Navegantes
Válter Túlio Amado Ribeiro	2ª VT de Florianópolis
Vera Marisa Vieira Ramos	3ª VT de Chapecó

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Adriana Custódio Xavier de Camargo
Alessandro da Silva
Alessandro Friedrich Saucedo
Ana Letícia Moreira Rick
Ana Paula Flores
Andrea Maria Limongi Pasold
Ângela Maria Konrath
Antonio Carlos Facioli Chedid Junior
Armando Luiz Zilli
Camila Torrão Britto de Moraes Carvalho
Carlos Aparecido Zardo
Cezar Alberto Martini Toledo
Charles Baschirotto Felisbino
Daniel Lisbôa
Danielle Bertachini
Débora Borges Koerich Godtsfriedt
Elton Antônio de Salles Filho
Fabio Augusto Dadalt
Fabio Moreno Travain Ferreira
Fábio Tosetto
Fabricio Zanatta
Glaucio Guagliariello
Grasiela Monike Knop Godinho
Hérika Machado da Silveira Cecatto
Indira Socorro Tomaz de Sousa
Izabel Maria Amorim Lisbôa

Janice Bastos
Karin Corrêa de Negreiros Becker
Kismara Brustolin
Leonardo Rodrigues Itacaramby Bessa
Lisiane Vieira
Luis Fernando Silva de Carvalho
Marcos Henrique Bezerra Cabral
Mariana Antunes da Cruz Laus
Mariana Philippi de Negreiros
Michelle Adriane Rosário Arruda Araldi
Oscar Krost
Osmar Theisen
Patrícia Andrades Gameiro Hofstaetter
Paula Naves Pereira dos Anjos
Paulo André Cardoso Botto Jacon
Paulo Cezar Herbst
Rafaella Messina Ramos de Oliveira
Renata Felipe Ferrari
Ricardo Jahn
Rogério Dias Barbosa
Sergio Massaroni
Silvio Rogério Schneider
Valdomiro Ribeiro Paes Landim
Vinicius Hespanhol Portella
Zelaide de Souza Philippi

SUMÁRIO

Apresentação	25
SEÇÃO DE ARTIGOS	
APONTAMENTOS MATERIALISTAS SOBRE O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO	29
<i>Alessandro da Silva</i>	
A “PREVALÊNCIA” DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A INTERVENÇÃO SINDICAL NA DESPEDIDA COLETIVA: INCOERÊNCIAS E POSSIBILIDADES INTERPRETATIVAS	59
<i>Almiro Eduardo de Almeida / Oscar Krost</i>	
A FIGURA DA EMPREGADA DOMÉSTICA INTERMITENTE: UMA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA	77
<i>Cássio Brognoli Selau</i>	
TRABALHO <i>ON DEMAND</i> POR MEIO DE APLICATIVOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA SUBORDINAÇÃO INTEGRATIVA	107
<i>Débora Coelho</i>	
A INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS II E III DO ART. 394-A DA CLT ANTE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI N. 5.938	125
<i>Fernanda Ambros / Rodrigo Goldschmidt</i>	
LIMITES À VALIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS	145
<i>Flávia Budal Guenther</i>	
A TARIFAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA COMO VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DO TRABALHADOR: UM OBSTÁCULO AO ALCANCE DA JUSTIÇA SOCIAL	167
<i>Juliana Mattoso</i>	
HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL: REFLEXÕES NECESSÁRIAS	191
<i>Marcos Henrique Bezerra Cabral</i>	
O TELETRABALHO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA	235
<i>Maria Rachel da Silva de Melo / Rodrigo Goldschmidt</i>	

TRABALHO INTERMITENTE: A RUPTURA DE PARADIGMAS DO DIREITO DO TRABALHO	253
<i>Pedro Guimarães Vieira</i>	
APLICAÇÃO DO ARTIGO 223-G DA CLT NA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO: ANÁLISE PRELIMINAR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO	289
<i>Rafael Niebuhr Maia de Oliveira / Daiane Cristina Hoinatz</i>	
O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA REFORMA TRABALHISTA	313
<i>Suzéte da Silva Reis / Tainá Tavares</i>	

APRESENTAÇÃO

Para o ano de 2019, diante das profundas mudanças experimentadas pelas relações sociais em todo o mundo, com destaque às de caráter produtivo, foram definidos pela Escola Judicial do TRT12 como temas norteadores de suas ações a “Reconfiguração das Relações de Trabalho” e os “Desafios para o Judiciário Trabalhista”.

Em procedimento já consolidado há vários anos, foi publicado edital contendo requisitos objetivos para submissão, análise e publicação de trabalhos inéditos, de autoria de juristas de todo o País, oriundos das mais variadas carreiras. Os textos selecionados versam sobre Direito Individual e Coletivo do Trabalho, bem como Processual. Questões essenciais, como o teletrabalho, o contrato intermitente, a “terceirização” e o acordo extrajudicial, integram o rol de assuntos examinados, destacando-se, como uma das principais fontes das pesquisas, a jurisprudência.

Como de costume, congratulamos a todas e a todos, que de algum modo, por seu envolvimento, dedicação e empenho, tornaram a continuidade desse periódico, em tão alto nível, possível.

Lembrando as palavras do poeta espanhol Antônio Machado, segundo o qual “não há caminho. O caminho se faz ao caminhar”, sigamos os primeiros passos deixados, por estes articulistas, em solo fértil e trilhemos, juntos, um novo caminho.

Uma boa leitura, ensejadora de proveitosos debates!

DIREÇÃO

Dr. Roberto Basilone Leite

Desembargador do Trabalho Vice-Presidente do TRT12

Diretor da Escola Judicial do TRT12

Ma. Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert

Juíza Titular de Vara do Trabalho

Vice-Diretora da Escola Judicial do TRT12

COMITÊ EDITORIAL DA REVISTA

Dr. Rodrigo Goldschmidt

Juiz Titular de Vara do Trabalho

Me. Daniel Lisbôa

Juiz do Trabalho Substituto

Me. Oscar Krost

Juiz do Trabalho Substituto

ARTIGOS



APONTAMENTOS MATERIALISTAS SOBRE O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO¹

Alessandro da Silva²

Resumo: o artigo apresenta alguns apontamentos acerca do problema da efetividade do direito do trabalho, a partir de um viés materialista. Para tanto, é utilizada a teoria marxista do direito, especialmente da obra de Pachukanis. Segundo essa teoria, o direito atua como forma jurídica na constituição das relações sociais em relações jurídicas, nas quais os indivíduos são elevados à condição de sujeitos de direito, formalmente livres e iguais e, portanto, aptos a participarem da esfera de trocas mercantis. Em seguida, são apontadas as determinações essenciais do direito do trabalho e seu papel na configuração da estrutura econômica do modo de produção capitalista. A teoria das categorias modais orienta a exposição do percurso em que o direito do trabalho passa de abstração (possibilidade) à concretude (efetividade) em uma dada formação social.

29

Palavras-chave: Materialismo. Teoria da Forma Jurídica. Direito do Trabalho. Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é contribuir para a compreensão do problema da efetividade do direito do trabalho. Não se trata de um tema novo, pois já foi enfocado até mesmo pelo positivismo jurídico, teoria que se ocupa primordialmente da relação de validade formal entre as normas e, por conseguinte, pouca atenção dispensa à incidência do direito na realidade³.

1 O presente artigo é um extrato da tese de doutorado intitulada *O problema da efetividade do direito do trabalho no contexto do capitalismo dependente brasileiro*, defendida pelo autor na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) em maio de 2019.

2 Juiz do Trabalho Substituto no TRT/12. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo.

3 “Uma tal teoria geral do direito que não se propõe a explicar nada, que de antemão dá as costas aos fatos da realidade, ou seja, à vida social, e lida com as normas sem se interessar nem por sua

Ainda mais numerosos, os trabalhos do campo da sociologia jurídica padecem do defeito crucial relativo ao próprio objeto da investigação, pois dedicam-se a descrever as manifestações sociais do direito como um fenômeno atemporal, composto por um conjunto de normas, cujo cumprimento é garantido por uma sanção externa e institucionalizada⁴, nos termos do idealismo positivista. Com essa perspectiva, um exame da efetividade do direito a partir da sociologia jurídica deveria ser dedicado à relação entre a conduta estabelecida na norma e o comportamento dos sujeitos a quem a prescrição foi destinada.

Uma abordagem materialista do problema distingue-se do positivismo e também da sociologia jurídica desde o ponto de partida. O direito é compreendido como forma jurídica, transitória, historicamente determinada e diretamente derivada das relações de produção erigidas no capitalismo. Portanto, a norma é apenas parte de um complexo maior que compõe a instância jurídica da sociedade, cujo núcleo está na reiteração das práticas sociais, e não nas prescrições estabelecidas pela instância política.

30

No momento em que o foco recai sobre o direito do trabalho, tal perspectiva revela caminhos ainda inexplorados, mesmo por aqueles que mais êxito tiveram na crítica a esse ramo do direito. Essa constatação não pretende desconsiderar todo o esforço até aqui empreendido na compreensão do direito do trabalho. Todavia, a importância política desse ramo do direito, urdido na luta de classes, pode acarretar um compromisso do pesquisador com sua defesa ou, o que é mais comum, com sua deformação, a ponto de impedir a exata identificação de “seu papel na configuração da estrutura

origem (uma questão metajurídica!), nem por sua ligação com quaisquer interesses materiais, pode, evidentemente, pretender o título de teoria apenas no sentido em que se fala, por exemplo, da teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não possui nada em comum com a ciência. De fato, ela não se propõe a investigar a forma jurídica como forma histórica, pois ela de modo nenhum tem em mente a investigação daquilo que existe. É por isso que, para usar uma expressão vulgar, dela ‘nada se espera’. PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)**. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017, p. 74.

⁴ “Iremos nos ater sobretudo ao outro aspecto geral do termo, seu sentido chamado ‘objetivo’. Entende-se por direito objetivo a norma – ou conjunto de normas – que se aplica a indivíduos (ou a coletividades) e que deve ser observada sob pena de incorrer em uma sanção”. LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4.

econômica do modo de produção”⁵.

A partir dos pressupostos já estabelecidos na teoria marxista do direito, o presente trabalho busca apresentar a instância jurídica em toda sua complexidade, inclusive no que concerne aos mecanismos que lhe permitem constituir uma esfera de reiteração de práticas sociais fundadas na equivalência mercantil, o que permitirá reconhecer o sentido e a finalidade do direito do trabalho no capitalismo.

Uma vez identificadas as determinações essenciais do direito, será possível abordar diretamente o objeto da investigação: a efetividade do direito do trabalho. Para tanto, a teoria filosófica das categorias modais, que se ocupa da existência, potência e efetividade como momentos distintos da essência do ser⁶, norteará a exposição em direção à identificação das modalidades do direito do trabalho no percurso em que ele parte de uma abstração produzida pelas relações sociais capitalistas até a concretude de suas manifestações na história de uma dada formação social.

O sentido e a finalidade do direito do trabalho mostrar-se-ão aspectos fundamentais para a própria delimitação das modalidades efetividade e eficácia do direito do trabalho e, por conseguinte, para a compreensão do objeto investigado.

31

2 FORMA JURÍDICA E DIREITO DO TRABALHO

Na economia mercantil-capitalista a produção dos objetos necessários à reprodução da vida material é levada a efeito por produtores isolados uns dos outros. Não existe um planejamento prévio da produção, de

5 BATISTA, Flávio Roberto. **Crítica da tecnologia dos direitos sociais**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitária, 2013, p. 224.

6 “Potência corresponde aqui, antes de mais nada, a *possibilidade*. [...] a *potência* é não só a capacidade de determinar uma crise, como também a *possibilidade* desta ocorrer ou não, contraposta à sua *efetividade*, ao *actu* em que ela já ocorre. A passagem adquire, então, o caráter modal que permite a mobilização de todo o quadro de categorias próprias desta lógica, na qual a *possibilidade* se opõe à *efetividade* e na qual a relação entre essas categorias é mediada pela necessidade. Neste sentido, *potência* corresponde mais exatamente, em segundo lugar, à capacidade de determinar algo como sendo necessário, isto é, algo que ocorre excluindo a possibilidade de não ocorrer”. GRESPAN. Jorge. **O negativo do capital: o conceito de crise na crítica de Marx à economia política**. 2. ed., São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 37.

modo que cada capitalista decide o que, como, quando e quanto produzir. A integração desse produtor com o processo produtivo global se dá no momento em que ele leva seu produto ao mercado com o objetivo de vendê-lo. Lá ele se relaciona com outros produtores ao apresentar sua mercadoria para a troca, relação que utiliza o valor – tempo de trabalho socialmente necessário para sua produção – como critério de comensurabilidade.

A troca é a relação econômica básica da sociedade mercantil, na qual “cada um só apropria o produto do trabalho alheio na medida em que aliena [*entfremden*] seu próprio produto”⁷. Essas transações individuais compõem uma sequência que conduz o objeto do trabalho de uma fase a outra do processo social de produção até completar o ciclo como objeto de consumo. Tratam-se de relações momentâneas, indeterminadas, que se esgotam no ato da compra e venda, mas que, no entanto, constituem uma regularidade que dá vida a esse processo social de produção, conforme bem apontou Isaak Rubin:

[...] a relação de produção básica, na qual determinados produtores de mercadorias são diretamente vinculados, e através deles, portanto, estabelece-se a conexão entre a sua atividade produtiva e a atividade produtiva de todos os membros da sociedade, ou seja, a compra e venda, realiza-se regularmente. Este tipo de relação de produção difere das relações de produção de tipo organizado nos seguintes aspectos: 1) é estabelecida entre determinadas pessoas voluntariamente, dependendo das vantagens para os participantes; a relação social assume a forma de uma relação *privada*; 2) ela vincula os participantes por um curto período de tempo, não criando vínculos permanentes entre eles; mas essas transações *momentâneas e descontínuas* devem manter a *constância e a continuidade* do processo social de produção; e 3) une indivíduos particulares no momento da transferência das coisas entre eles, e limita-se a essa transferência de coisas; as relações entre as pessoas adquirem a forma de igualação de coisas.⁸

Portanto, a manutenção da regularidade das trocas é verdadeira condição de existência do processo de produção e reprodução material da

7 MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 182.

8 RUBIN, Isaak Ilich. **A teoria marxista do valor**. Tradução José Bonifácio de S. Amaral Filho. São Paulo: Editora Polis, 1987, p. 30.

sociedade mercantil-capitalista. Essa estrutura econômica da sociedade exige uma superestrutura para organizá-la e estabilizá-la⁹, atribuição que também foi dada ao direito¹⁰.

Por muito tempo a crítica do direito concentrou sua atenção ao conteúdo das relações jurídicas, sem ocupar-se da forma como esse conteúdo se expressa, o que dificultou de sobremaneira sua compreensão e induziu a equívocos políticos¹¹. A correção de rumo nessa trajetória se deve ao jurista soviético Evgeni Pachukanis que, a partir dos fundamentos estabelecidos por Marx¹², demonstrou que a crítica do direito não pode se restringir a analisar o conteúdo da normatividade. Pachukanis apontou que denunciar

9 “A teoria de Marx não vê a superestrutura como um epifenômeno da base econômica, nem esquece a necessidade de instituições jurídicas e políticas. É precisamente porque uma superestrutura é necessária para organizar e estabilizar a sociedade que a estrutura econômica conforma as instituições que a ela melhor se adequam. A superestrutura e a infraestrutura ou base não estão relacionadas entre si como uma estátua e o seu pedestal; um dos postulados básicos do materialismo histórico é que as superestruturas afetam, ou ‘agem retroativamente’ sobre a base”. SHAW, William H. “Materialismo histórico”. BOTTOMORE, Tom (Coord.). **Dicionário do Pensamento Marxista**. Tradução Waltensir Dutra. 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

10 “Ademais, é nítido que [...] à parte dominante da sociedade interessa consagrar o que já existe, conferindo-lhe o caráter de lei, e fixar como legais as barreiras estabelecidas pelo uso e pela tradição. Abstraindo de todo o resto, isso se produz por si só tão logo a reprodução constante da base das condições prevalecentes, da relação que lhe serve de base, assume com o passar do tempo uma forma regulada e ordenada; essa regra e essa ordem são, elas mesmas, um fator imprescindível de qualquer modo de produção que queira alcançar solidez social e independência em relação ao mero acaso ou à arbitrariedade. Essa regra e essa ordem são exatamente a forma em que se consolidam socialmente esse modo de produção e, assim, a forma de sua relativa emancipação em relação à mera arbitrariedade e ao mero acaso. Elas atingem essa forma no caso de estancamento tanto do processo de produção quanto das relações sociais que a ele correspondem, isto é, pela mera reprodução reiterada desse processo. No caso de essa reprodução ter perdurado por certo tempo, ela se cristaliza como costume e tradição e termina consagrada como lei positiva.” MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro III: o processo global da produção capitalista. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017, pp. 853-4.

11 Para uma denúncia e crítica desses equívocos cf. ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. Tradução Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Boitempo,

12 “[...] Marx aponta a condição fundamental, arraigada na própria economia, da existência da forma jurídica, a saber, a unificação das condições de trabalho de acordo com o princípio da troca de equivalentes, ou seja, ele desvela o nexo interno profundo da forma jurídica e a forma mercadoria”. PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos**. Op. cit., p. 85.

o interesse de classe que permeia o direito é tarefa importante e necessária, mas insuficiente, pois essa crítica não se ocupa do modo como os conteúdos se exprimem, ou seja, ignora a crítica da forma jurídica. Nessa linha, ele asseverou que “[...] a teoria marxista deve pesquisar não apenas o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar uma interpretação materialista à própria regulamentação jurídica como forma histórica determinada”¹³.

Somente na sociedade burguesa capitalista é que, com o passar do tempo, foram criadas as condições necessárias para que o direito assuma a função de regulador universal das relações sociais, o que lhe confere esse caráter histórico determinado:

A evolução histórica traz consigo não apenas uma mudança no conteúdo das normas e uma mudança dos institutos do direito, mas também o desenvolvimento da forma jurídica como tal. Esta última, tendo surgido em certo grau da civilização, passa um longo tempo em estado embrionário, com fraca diferenciação interna e sem se distinguir das esferas contíguas (costumes, religião). Depois, desenvolvendo-se gradualmente, ela alcança seu florescimento máximo, sua diferenciação e definição máximas. Esse estágio elevado de desenvolvimento corresponde a relações econômicas e sociais determinadas. Ao mesmo tempo, esse estágio caracteriza-se pelo surgimento de um sistema de conceitos gerais, que refletem teoricamente o sistema jurídico como um todo completo.¹⁴

Pachukanis demonstrou que o direito, quando assume a forma jurídica, é um reflexo das relações de troca, pois, como as mercadorias, por si só, não estabelecem relações entre si¹⁵, é necessária a existência de

13 Ibidem, p. 76.

14 Ibidem, p. 80.

15 “As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e que agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se

um sistema de intercâmbio entre os próprios homens para permitir que aquele produto, que não tenha valor de uso para seu possuidor, possa ser trocado com outro indivíduo e, assim, realizar seu valor de troca. Somente pode haver uma esfera geral de trocas mercantis a partir do momento em que os possuidores de mercadorias se reconhecem mutuamente como tal, o que é proporcionado pela forma jurídica, por meio da figura do sujeito de direito. Assim como Marx apontou na forma mercadoria a abstração fundamental a partir da qual desvelou o modo de produção capitalista, Pachukanis apontou o sujeito de direito como a abstração elementar para a compreensão da forma jurídica: “toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. O sujeito é o átomo da teoria jurídica, o seu elemento mais simples, que não pode ser decomposto”¹⁶.

Convertido em sujeito de direito, o proprietário pode levar suas mercadorias ao mercado, no qual busca realizar seu valor de troca, conduta cuja reiteração sustenta o processo global de produção capitalista. A forma jurídica é que vincula os participantes dessa relação e, como tal, também assume a equivalência como traço constitutivo¹⁷:

O processo do valor de troca, assim, demanda para que se efetive um circuito de trocas mercantis, um equivalente geral, um padrão que permita medir o *quantum* de trabalho abstrato que está contido na mercadoria. Portanto, o direito está indissociavelmente ligado à existência de uma sociedade que exige a mediação de um equivalente geral para que os diversos trabalhos privados independentes se tornem trabalho social. É a ideia de equivalência decorrente do processo de trocas mercantis que funda a ideia de equivalência jurídica.¹⁸

reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou volitiva é dado pela própria relação econômica”. MARX, Karl. **O capital. Livro I.** Op. cit., p. 159.

16 PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo.** Op. cit., p. 137.

17 No mesmo sentido, Michel Mialle: “[...] o direito na sociedade burguesa não pode senão ser um direito igual e, inversamente, o direito igual não pode ser senão um direito burguês. Isto significa que a expressão profunda do direito reside nesta ideia de troca por equivalente que não pode ser realizada senão através da utilização de uma medida comum. Ora, esta troca não aparece em quaisquer condições, mas sim historicamente, num momento preciso da evolução da sociedade”. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito.** Tradução Ana Prata, 3. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 92.

18 NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito:** um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 58.

A consolidação de relações sociais pautadas por esse novo paradigma exigiu que a adoção do comportamento de reiteração das práticas mercantis se tornasse voluntária, já que não seria possível impor sua observação para cada cidadão¹⁹. A garantia da igualdade formal aos sujeitos de direito foi um fator essencial para que a adoção das condutas necessárias à continuidade das relações mercantis se tornasse espontânea, pois permitiu o reconhecimento recíproco entre os proprietários de mercadorias a partir da comensurabilidade proporcionada pela equivalência²⁰. A participação no processo de trocas aparece como resultado da vontade livre, não sujeita a nenhum tipo de coação ou violência explícitas, já que cada um cede a sua mercadoria e obtém a mercadoria alheia apenas por meio do consentimento do interlocutor.

Portanto, uma vez que foram constituídos em sujeitos de direito iguais e livres, os indivíduos ganharam uma identidade que lhes atribui capacidade jurídica para a prática dos atos de troca mercantil. A vivência dessa identidade jurídica se manifesta como exercício da liberdade e da igualdade,

19 “Primariamente, é impossível tratar-se aí apenas de prescrições ou ordens, como se tornou mais tarde por causa de governos, de sistemas de direito. Mas, mesmo nesses casos, que só aparecem em níveis relativamente mais elevados da sociabilização (sociedades de classes), pode-se observar que seria impossível seu funcionamento se tivessem de se impor em todos os casos, até na maioria deles, diretamente como ordens de regulamentação (por meio de castigo). Ao contrário, cada uma dessas regulamentações pressupõe que a maneira prática do agir comum dos membros da sociedade siga ‘voluntariamente’, pelo menos externamente, essas prescrições; só diante de uma minoria relativamente pequena a coerção do direito deve e pode tornar-se de fato eficaz.” LUKÁCS, Gyögy. **Prolegômenos para uma ontologia do ser social**: questões de princípios para uma ontologia hoje tornada possível. Tradução Lya Luft e Rodnei Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 42.

20 “Se o sujeito de direito é, na relação de troca, o ‘outro lado’ da mercadoria, a igualdade jurídica se apresenta como o ‘outro lado’ da lei do valor. É a relação de equivalência entre as mercadorias, na medida do valor que carregam, que exige a igualdade entre os sujeitos portadores de mercadorias. Quero dizer, é a exigência de que na troca seja mantida a relação de igualdade entre as quantidades de valor que as mercadorias que se confrontam carregam que conduz à equivalência qualitativa, expressa juridicamente, entre os portadores de mercadorias. Ao reconhecerem-se como juridicamente iguais, os agentes da troca são compelidos a manter a relação de equivalência valorativa entre as mercadorias: um não toma a mercadoria do outro, não a obtém por violência direta, mas apenas ao ceder a sua própria mercadoria, ou seja, apenas ao reconhecer no outro um portador de certa quantidade de valor equivalente à quantidade de valor consubstanciada na sua própria mercadoria.” KASHIURA JR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitária, 2014, pp. 168-9.

percepção que produz a evidência da subjetividade do indivíduo, dissolve os vínculos de classe estabelecidos no processo de produção e introjeta neles as tarefas que lhes são atribuídas na divisão do trabalho, sob a dominação da classe burguesa²¹. Nesse contexto, “os indivíduos das classes dominadas, assim parecem ‘funcionar’ por si mesmos, reproduzindo as condições de seu próprio subjugamento ao capital, sem que seja necessário o uso da violência direta, sem a intervenção imediata e permanente dos aparelhos repressivos do Estado”²².

Em caso de resistência o comportamento desejado não pode ser imposto pelo próprio mercado, sob pena de ser desvelada a dominação de classe, momento em que surge a necessidade de tratar as condutas desviantes dos padrões de normalidade, função atribuída ao Estado, como um terceiro²³ que, supostamente, se coloca acima dos interesses em disputa²⁴.

Desse modo, os vínculos capitalistas formados no circuito de trocas somente são possíveis pela ação coordenada da forma valor, que viabiliza a comensurabilidade das mercadorias, da forma jurídica, que constitui os indivíduos em sujeitos de direito e permite a participação e o

21 NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitária, 2014, pp. 89-90.

22 Idem, *ibidem*.

23 “Devido à circulação mercantil e à posterior estruturação de toda a sociedade sobre parâmetros de troca, exsurge o Estado como terceiro em relação à dinâmica entre capital e trabalho. Este terceiro não é um adendo nem um complemento, mas parte necessária da própria reprodução capitalista. Sem ele, o domínio do capital sobre o trabalho assalariado seria domínio direto – portanto, escravidão ou servidão. A reprodução da exploração assalariada e mercantil fortalece necessariamente uma instituição política apartada dos indivíduos. Daí a dificuldade em se aperceber, à primeira vista, a conexão entre capitalismo e Estado, na medida em que, sendo um aparato terceiro em relação à exploração, o Estado não é nenhum burguês em específico nem está em sua função imediata”. MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 18.

24 “Todo o posterior aperfeiçoamento do Estado burguês, que aconteceu tanto por meio de explosões revolucionárias, como por meio de adaptação pacífica aos elementos monárquico-feudais, pode ser resumido a um só princípio, que reza que, dentre dois agentes de troca no mercado, nenhum pode agir como regulador autoritário da relação de troca, mas que, para isso, é necessário um terceiro, que encarna a garantia mútua que os possuidores de mercadorias, na condição de proprietários, dão um ao outro, e que, conseqüentemente, é a regra personificada da correlação entre possuidores de mercadorias”. PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Op. cit., p. 180.

reconhecimento recíproco no mercado, e da forma política, que atua como um terceiro em relação aos agentes econômicos, encarregado de assegurar o cumprimento das obrigações contratuais e apropriação do valor pelo sujeito, ou seja, a propriedade privada²⁵.

O direito do trabalho integra a forma jurídica e, como tal, também atua para promover e preservar a reiteração das práticas sociais capitalistas, mais especificamente as condições de compra e utilização da mercadoria força de trabalho.

Na fase do capitalismo concorrencial a forma jurídica atuava na mediação da compra e venda da força de trabalho e para tanto utilizava institutos típicos do direito civil, como o contrato de locação de mão de obra²⁶, assim como buscava disciplinar e subordinar os trabalhadores ao novo processo de trabalho, função para a qual reconhecia poderes punitivos ao empregador ou, para os casos mais renitentes, se utilizava do direito penal²⁷.

38

No entanto, a dinâmica de desenvolvimento do sistema deu vazão à organização dos trabalhadores que impuseram as primeiras leis que intervinham diretamente no processo de produção, sobretudo na restrição ao trabalho infantil e no estabelecimento de limites à jornada de trabalho. O Estado teve que alterar sua postura de mero guardião das condições externas da produção capitalista, pois a mobilização dos trabalhadores ameaçava colocar em risco o contínuo fornecimento de força de trabalho para o

25 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. Op. cit., p. 39.

26 “Inicialmente, o intercâmbio entre capital e trabalho apresenta-se à percepção exatamente do mesmo modo como a compra e a venda de todas as outras mercadorias. O comprador dá certa soma de dinheiro, e o vendedor, um artigo diferente do dinheiro. Nesse fato, a consciência jurídica reconhece, quando muito, uma diferença material, expressa em fórmulas juridicamente equivalentes: *do ut des, do ut facias, facio ut des, e facio ut facias*”. MARX, Karl. **O capital. Livro I**. Op. cit., p. 611.

27 “Tout délit tendant à troubler l’ordre et la disciplinè de l’atelier, tout manquement grave des apprentis envers leurs maîtres, pourront être punis, par les prud’hommes, d’un emprisonnement qui n’excèdera pas trois jours (3), [...]”. Article 4 du Décret Impèrial du 3 août 1810 – Concernant la Jurisdiction des Prud’Hommes. “Qualquer infração tendente a perturbar a ordem e a disciplina da oficina, qualquer falta grave dos aprendizes aos seus mestres, pode ser punida, pelos tribunais industriais, com pena de prisão não superior a três dias”. (tradução A.S.)

processo de produção e, no limite, começava a ameaçar a ordem burguesa²⁸.

Diante das condições econômicas e políticas da fase do capitalismo concorrencial, é possível afirmar que a pressão do movimento operário foi o fator determinante para a promulgação das primeiras leis que visaram limitar a exploração da classe trabalhadora. Essa legislação constituiu uma conquista arrancada à força do capital²⁹, cuja aprovação se deparou com obstáculos plantados pelos próprios legisladores³⁰, e já nesse momento iniciou a batalha pela efetivação dessas normas diante da resistência dos capitalistas³¹.

No último quarto do século XIX o incremento das forças produtivas decorrente da segunda revolução tecnológica, caracterizada pela aplicação generalizada dos motores elétricos e a combustão em todos os ramos da indústria, contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do capitalismo monopolista, cujo objetivo primário era o acréscimo dos lucros a partir do controle dos preços nos mercados³², por meios de mecanismos como o cartel e o truste.

Nessa fase o modo de produção experimentou profundas modificações no seu ordenamento e na sua dinâmica, mudanças que se fizeram sentir na estrutura social e nas instâncias políticas das respectivas

28 NETTO, José Paulo. **Serviço Social e Capitalismo Monopolista**. 8. ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 29.

29 MARX, Karl. **O capital. Livro I**. Op. cit., p. 558.

30 “Os legisladores estavam tão longe de querer tocar na liberdade do capital de sugar a força de trabalho adulto, ou, como eles a chamavam, ‘a liberdade do trabalho’, que conceberam um sistema especial para prevenir as consequências tão horrendas da lei fabril”.

31 “Por três décadas, no entanto, as concessões obtidas pela classe trabalhadora permaneceram puramente nominais. De 1802 a 1833, o Parlamento aprovou cinco leis trabalhistas, mas foi esperto o bastante para não destinar nem um centavo para sua aplicação compulsória, para a contratação dos funcionários necessários ao cumprimento das leis etc. Estas permaneceram letra morta”. Ibidem, p. 350.

32 “[...] sob o capitalismo competitivo a empresa individual aceita os preços, ao passo que no capitalismo monopolista a grande empresa é quem faz o preço”. BARAN, Paul A.; SWEEZY, Paul M. **Capitalismo monopolista**: ensaio sobre a ordem econômica e social americana. Tradução Waltensir Dutra. 3. ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 61.

sociedades³³.

Do ponto de vista da economia, no capitalismo monopolista ocorre o fenômeno da supercapitalização, segundo o qual “o montante do capital acumulado encontra crescentes dificuldades de valorização; num primeiro momento, ele é utilizado como forma de autofinanciamento dos grupos monopolistas”, mas em seguida o montante atinge tal magnitude que excede as condições imediatas de valorização³⁴. Dentre os vários mecanismos utilizados para superar essas dificuldades estão o investimento da indústria bélica e a migração de capitais para outras áreas ainda não atingidas por esses obstáculos à valorização.

Para tanto, foi necessário o recurso a mecanismos de intervenção extraeconômicos, o que demandou uma alteração na relação entre poder político e poder econômico e, por conseguinte, uma refuncionalização do Estado³⁵. Além da preservação das condições externas da produção, o Estado assume as funções de garantir a dinâmica econômica desde dentro, como agente econômico direto, e de organizador do processo social de produção, “operando notadamente como um administrador dos ciclos de crise”³⁶. Nas palavras de Pachukanis, “o capitalismo monopolista cria as premissas de um sistema econômico totalmente diferente, sob o qual o movimento da produção e da reprodução social se realiza não por meio de acordos isolados entre unidades econômicas autônomas, mas com o auxílio de uma

40

33 NETTO, José Paulo. **Serviço Social e Capitalismo Monopolista**. Op. cit., p. 19.

34 Ibidem, p. 22.

35 “A transição do capitalismo concorrencial para o imperialismo e para o capitalismo monopolista alterou necessariamente tanto a atitude subjetiva da burguesia em relação ao Estado, quanto a função objetiva desempenhada pelo Estado ao realizar suas tarefas centrais. O surgimento dos monopólios gerou uma tendência à superacumulação permanente nas metrópoles e à correspondente propensão a exportar capital e a dividir o mundo em domínios coloniais e esferas de influência sob o controle das potências imperialistas. Isso produziu um aumento substancial nas despesas com armamentos e o desenvolvimento do militarismo, o que, por sua vez, levou a um crescimento ainda maior do aparato estatal, envolvendo um desvio maior de rendimentos sociais para o Estado”. MANDEL, Ernest. **O capitalismo tardio**. Tradução Carlos Eduardo Silveira Matos, Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, pp. 337-8.

36 NETTO, José Paulo. **Serviço Social e Capitalismo Monopolista**. Op. cit., pp. 25-6.

organização centralizada e planificada”³⁷.

Em tal contexto a forma jurídica continuou a ser o instrumento primordial para operacionalizar a circulação de bens nos termos exigidos pelos trustes e cartéis. Todavia, a lei, que anteriormente servia para universalizar as relações de produção e pautar a concorrência, passa a ser utilizada como instrumento de intervenção direta no domínio econômico, muitas vezes em confronto com os interesses imediatos dos capitalistas individuais, mas sempre tendo em conta o objetivo de viabilizar a reprodução ampliada do sistema.

Dentre as novas tarefas atribuídas ao Estado, no intento de propiciar o conjunto de condições necessárias à acumulação e à valorização do capital monopolista, está a conservação física da força de trabalho³⁸, ameaçada pelo contínuo desgaste³⁹, decorrente da exploração inerente ao

37 PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Op. cit., p. 159.

38 “Em certo sentido tratou-se de uma concessão à crescente luta de classe do proletariado, destinando-se a salvaguardar a dominação do capital de ataques mais radicais por parte dos trabalhadores. Mas ao mesmo tempo correspondeu também aos interesses gerais da reprodução ampliada do modo de produção capitalista, ao assegurar a reconstituição física da força de trabalho onde ela estava ameaçada pela superexploração. A tendência à ampliação da legislação social determinou, por sua vez, uma redistribuição considerável do valor criado em favor do orçamento público, que tinha de absorver uma percentagem cada vez maior dos rendimentos sociais a fim de proporcionar uma base material adequada à escala ampliada do Estado do capital monopolista”. MANDEL, Ernest. **O capitalismo tardio**. Op. cit., p. 338.

39 “Desde já, é evidente que o trabalhador, durante toda sua vida, não é senão força de trabalho, razão pela qual todo o seu tempo disponível é, por natureza e por direito, tempo de trabalho, que pertence, portanto, à autovalorização do capital. [...] em seu impulso cego e desmedido, sua voracidade de lobisomem por mais-trabalho, o capital transgride não apenas os limites morais da jornada de trabalho, mas também seus limites puramente físicos. Ele usurpa o tempo para o crescimento, o desenvolvimento e a manutenção saudável do corpo. Rouba o tempo requerido para o consumo de ar puro e de luz solar. Avança sobre o horário das refeições e os incorpora, sempre que possível, ao processo de produção, fazendo com que os trabalhadores, como meros meios de produção, sejam abastecidos de alimentos do mesmo modo como a caldeira é abastecida de carvão, e a maquinaria, de graxa ou óleo. O sono saudável, necessário para a restauração, renovação e revigoramento da força vital, é reduzido pelo capital a não mais do que um mínimo de horas de torpor absolutamente imprescindíveis ao reavivamento de um organismo completamente exaurido. Não é a manutenção normal da força de trabalho que determina os limites da jornada de trabalho, mas, ao contrário, o maior dispêndio diário possível de força de trabalho, não importando quão insalubre, compulsório e doloroso ele possa ser, é que determina os limites do período de repouso do trabalhador. O capital não se importa com a duração de vida da força de trabalho. O que lhe interessa é única e exclusivamente o

processo de produção capitalista⁴⁰. O momento legal da forma jurídica passa a ser utilizado com esse intento, pois viabiliza que a conduta desejada possa ser imposta coercitiva e generalizadamente. Tendo em conta o conteúdo, as normas passaram a limitar a utilização da mão de obra feminina e infantil e a impedir o prolongamento desmesurado da jornada de trabalho, assim como estabeleceram procedimentos para prevenir doenças ocupacionais e acidentes do trabalho.

Dessa forma, o direito assumiu a função de evitar que o preço da força de trabalho se afaste em demasiado do seu valor⁴¹, distanciamento que, caso não controlado, poderia impedir a reprodução social da força de trabalho⁴².

máximo de força de trabalho que pode ser posta em movimento numa jornada de trabalho. Ele atinge esse objetivo por meio do encurtamento da duração da força de trabalho, como um agricultor ganancioso que obtém uma maior produtividade da terra roubando dela sua fertilidade”. MARX, Karl. **O capital. Livro I.** Op. cit., pp. 337-338.

42 40 “Este é um elemento novo: no capitalismo concorrencial, a intervenção estatal sobre as sequelas da exploração da força de trabalho respondia básica e coercitivamente às lutas das massas exploradas ou à necessidade de preservar o conjunto das relações pertinentes à propriedade privada burguesa como um todo – ou, ainda, à combinação desses vetores; no capitalismo monopolista, a *preservação e o controle contínuos* da força de trabalho, ocupada e excedente, *é uma função estatal de primeira ordem*: não está condicionada àqueles dois vetores, mas às enormes dificuldades que a reprodução capitalista encontra na malha de óbices à valorização do capital no marco monopólico”. NETTO, José Paulo. **Serviço Social e Capitalismo Monopolista.** Op. cit., p. 26.

41 “O valor da força de trabalho, como o de todas as outras mercadorias, é determinado pelo tempo de trabalho necessário para a produção – e, conseqüentemente, também para a reprodução – desse artigo específico. Como valor, a força de trabalho representa apenas uma quantidade determinada do trabalho social médio nela objetivado. A força de trabalho existe apenas como disposição do indivíduo vivo. A sua produção pressupõe, portanto, a existência dele. Dada a existência do indivíduo, a produção da força de trabalho consiste em sua própria reprodução ou manutenção. Para sua manutenção, o indivíduo vivo necessita de certa quantidade de meios de subsistência. Assim, o tempo de trabalho necessário à produção da força de trabalho corresponde ao tempo de trabalho necessário à produção desses meios de subsistência, ou, dito de outro modo, o valor da força de trabalho é o valor dos meios de subsistência necessários à manutenção de seu possuidor”. MARX, Karl. **O capital. Livro I.** Op. cit., p. 245.

42 “[...] o consumo da força de trabalho pelo capital é tão rápido que, na maioria das vezes, o trabalhador de idade mediana já está mais ou menos acabado. Ou engrossa as fileiras dos supranumerários, ou é empurrado de um escalão mais alto para um mais baixo. É justamente entre os trabalhadores da grande indústria que nos deparamos com a duração mais curta de vida”. *Ibidem*, p. 717.

Essa alteração do modo como a forma jurídica atuava sobre a regulação das condições de contratação e uso da força de trabalho não decorreu de uma inclinação natural fruto das exigências econômicas do desenvolvimento do capitalismo monopolista. Em verdade, essa *possibilidade* se efetivou porque a transição para a fase do monopólio ocorreu em paralelo a um salto qualitativo na organização e combatividade do movimento operário, de sorte que o fator decisivo para tanto foi a luta de classes.

Em contrapartida, o direito do trabalho parte do pressuposto de que um dos sujeitos que participa da relação jurídica é dono dos meios de produção e outro somente pode sobreviver caso venda a si próprio como força de trabalho. As posições desses indivíduos nessas relações sociais dizem respeito ao direito civil, matéria estranha ao direito do trabalho que, diante dessa restrição, não as coloca em discussão. Logo, o direito do trabalho também está a serviço da ordenação e reprodução das relações de produção capitalistas⁴³.

De todo modo, somente há sentido em identificar a existência de um direito do trabalho quando se reconhece que a forma jurídica assumiu uma especificidade que alterou o modo como a relação entre capital e trabalho era regulada até então, de sorte a impedir o distanciamento entre o preço e o valor da força de trabalho.

Nessa trajetória de autoafirmação o direito do trabalho foi dotado de uma principiologia e uma racionalidade próprias que o distinguem de outras manifestações da forma jurídica, como o direito civil, com base no reconhecimento de que entre capitalistas e trabalhadores existe uma desigualdade econômica que fundamenta o tratamento protetivo atribuído aos segundos por meio da forma legal.

Em vez de romper a igualdade formal, fundada na equivalência da relação mercantil, essa proteção busca resgatá-la⁴⁴. Contudo, não

43 “Assim, o processo capitalista de produção, considerado em seu conjunto ou como processo de reprodução, produz não apenas mercadorias, não apenas mais-valor, mas produz e reproduz a própria relação capitalista: de um lado, o capitalista, do outro, o trabalhador assalariado”. Ibidem, p. 653.

44 “[...] a *desigualdade jurídica* implantada pelo direito do trabalho é uma desigualdade superficial que restaura e consolida, num nível mais profundo, a *igualdade jurídica civil burguesa*,

toca na desigualdade fundamental entre uma classe que vive do trabalho e outra que se apropria do produto do trabalho alheio. Em verdade, como visto, essa proteção parcial visa à própria preservação da força de trabalho⁴⁵, componente imprescindível para a continuidade do processo de valorização, cuja existência física é ameaçada pela avidez dos capitalistas por mais-valor⁴⁶. Portanto, ainda quando considerado apenas os interesses de reprodução do sistema, o direito do trabalho tem por *finalidade* a proteção dos trabalhadores⁴⁷.

Ao conjugar o sentido e a finalidade do direito do trabalho é possível afirmar que ele se caracteriza por uma *função protetora*.

3 AS MODALIDADES DO DIREITO DO TRABALHO

No tópico anterior foram identificadas as múltiplas determinações do direito do trabalho, marcadas pela contradição entre o impulso do capital por mais-valor e a necessidade de preservação da força de trabalho. Munidos desses pressupostos é possível almejar a exposição da dinâmica do desenvolvimento do direito do trabalho, sem o risco de tomar a aparência

44

justamente a que permite preservar a ilusão da relação contratual, mascarando a relação de exploração de classe”. BOITO Jr., Armando. “Pré-capitalismo, capitalismo e resistência dos trabalhadores: nota para uma teoria da ação sindical”. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 12, 2001, p. 101.

45 Do ponto de vista da classe trabalhadora, é evidente que existe o interesse em estabelecer limites à duração da jornada de trabalho, regras de saúde e segurança no trabalho, um salário mínimo e outras regras de caráter protetivo.

46 “Abstraindo de um movimento dos trabalhadores que se torna a cada dia mais ameaçador, a limitação da jornada de trabalho nas fábricas foi ditada pela mesma necessidade que forçou a aplicação do guano nos campos ingleses. A mesma rapacidade cega que, num caso, exauriu o solo, no outro matou na raiz a força vital da nação. Epidemias periódicas são, aqui, tão eloquentes quanto a diminuição da altura dos soldados na Alemanha e na França”. MARX, Karl. **O capital. Livro I**. Op. cit., p. 313.

47 “C’est la finalité première, historiquement déterminante du droit du travail: la protection des salariés contre toutes formes d’exploitation dont ils peuvent être l’objet”. JAVILLIER, Jean-Claude. **Droit du travail**. 2. ed., Paris: LGDJ, 1988, p. 28. “É a finalidade primeira, historicamente determinante do direito do trabalho: a proteção dos trabalhadores contra todas as formas de exploração das quais eles podem ser objeto”. (tradução A.S.)

pela essência⁴⁸. Para tanto, é necessário compreender as modalidades pelas quais o direito do trabalho passa no percurso em que vai da hipótese à concretude e, ao cabo, se constitui em abstração concreta⁴⁹.

Conforme demonstrado anteriormente, o sentido, a razão de ser do direito do trabalho é atribuição de impedir o distanciamento entre o preço e o valor da força de trabalho. Essa atuação particular da forma jurídica se justifica pela necessidade de garantir a reprodução social da força de trabalho, comprometida pela gana do capital em produzir mais-valor, assim como por contribuir para a realização das mercadorias, pois os trabalhadores também têm papel relevante como consumidores. Logo, mesmo se considerados apenas os interesses de reprodução do sistema, a finalidade do direito do trabalho é proteger a classe trabalhadora.

Nesses termos, o direito do trabalho se constituiu, adquiriu *existência*, no momento histórico em que a forma jurídica passou a ser instrumentalizada para evitar o distanciamento entre o preço e o valor da força de trabalho. Até então, a forma jurídica já regulava a relação entre o capital e o trabalho, mas ainda sem essa atribuição, de sorte que ainda não existia o direito do trabalho.

Como a força de trabalho é um componente imprescindível ao processo de produção capitalista, a sua preservação e a sua reprodução constituem uma *necessidade absoluta* do capital. Esse intento pode ser alcançado por meio do direito do trabalho ou por outros instrumentos,

48 “O concreto é concreto porque é a síntese de muitas determinações, isto é, unidade do diverso. Por isso o concreto aparece no pensamento como processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, ainda que seja o ponto de partida efetivo e, portanto, o ponto de partida também da intuição e da representação. No primeiro método, a representação plena volatiliza-se em determinações abstratas, no segundo, as determinações abstratas conduzem à reprodução do concreto por meio do pensamento”. MARX, Karl. **Introdução à crítica da economia política**. Coleção Os Pensadores. Tradução de Edgar Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 2005, pp. 39-40.

49 “O cérebro [...] e o sujeito – a sociedade – estão imbricados no processo de produção do conhecimento, dirigido, dialeticamente, pelo sujeito, que é seu próprio objeto. Ao cérebro somente cabe se apropriar e desenvolver as categorias abstratas produzidas pelo sujeito e, com base nelas, (re) produzir o concreto como concreto pensado. O sujeito, portanto, é quem produz as abstrações a partir da sua própria realidade concreta, por meio de sua própria prática diuturnamente reiterada, e essa operação é fundamental para o processo de conhecimento”. BATISTA, Flávio Roberto. **Crítica da tecnologia dos direitos sociais**. Op. cit., p. 108.

como as políticas sociais assistencialistas, assim como, em conjunturas de abundância do exército industrial de reserva, o capital pode dispensar esses mecanismos de preservação e dilapidar a força de trabalho sem nenhum obstáculo. Por conseguinte, o direito do trabalho é apenas uma *possibilidade*, e não uma *necessidade*, nem mesmo relativa⁵⁰, para a reprodução do sistema. Logo, sua transição da *possibilidade* para a *efetividade* não é *necessária*. Eis o *problema* da efetividade do direito do trabalho.

Mas em que consiste a *efetividade*? Segundo a concepção hegeliana, a efetividade é a “união da essência e da existência”; “efetivo é *manifestação*; ele não é atraído para a esfera da *alteração* por sua exterioridade, e ainda não é *aparecer* de si dentro de *um outro*, mas, sim, ele se manifesta, quer dizer, é *ele próprio* dentro de sua exterioridade, e somente dentro dela, a saber, somente como movimento que se diferencia de si e se determina, é ele próprio”⁵¹. Tudo o que é efetivo é possível⁵², mas nem tudo que é possível é efetivo, de modo que a possibilidade é pressuposto da efetividade.

46

A existência do direito do trabalho não foi determinada pela dinâmica do capital, mas pelas contradições estabelecidas na luta de classes. A luta de classes é a *causa*, o *móvel* do direito do trabalho, inclusive na sua transição de possibilidade para efetividade.

A identificação do sentido e da finalidade do direito do trabalho não devem induzir ao equívoco de imaginar que seria viável instrumentalizar a forma jurídica exclusivamente em determinada direção, conclusão que nada teria de dialética. Na realidade, as várias funções da forma jurídica na

50 A necessidade relativa “se refere a um conjunto de condições reais que se encadeiam e determinam reciprocamente, sendo cada qual necessária por ser condição de todas as demais. Desta forma, porém, cada elemento singular deste conjunto não é necessário por si mesmo, e sim devido ao conjunto que lhe é exterior, contingente. Esta figura da necessidade é *relativa*, portanto, porque depende do contingente para ser necessária, contradição que levará Hegel a superá-la na figura da necessidade *absoluta*, que é a realidade efetiva autodeterminada”. GRESPAN. Jorge. **O negativo do capital**. Op. cit., pp. 39-40.

51 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Ciência da Lógica**: 2. A Doutrina da Essência. Tradução Christian G. Iber e Federico Orsini. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2017, p. 206.

52 “Ela [a possibilidade] é o ser em si, determinado a *ser* apenas como um *posto* ou, igualmente, *a não ser em si*. - A possibilidade é, por conseguinte, nela mesma, também a contradição, ou seja, ela é a *impossibilidade*”. Ibidem, p. 208.

regulação da relação entre o capital e o trabalho⁵³ convivem e disputam a posição predominante, segundo a correlação das forças políticas antagônicas. Assim, em determinadas conjunturas históricas a função protetora do direito do trabalho pode se manifestar com predominância, mas em outras, as demais funções podem assumir essa condição, como nos períodos nos quais a força de trabalho precisa ser disciplinada, por exemplo.

Consequentemente, a *efetividade* do direito do trabalho não se restringe à função de evitar que o preço da força de trabalho se distancie de seu valor. Isso também ocorre quando se manifestam as outras funções por ele exercidas na regulação da relação entre capital e trabalho, pois essas também são parte de sua essência. No entanto, quando a função protetora se mantém como mera possibilidade e as demais se tornam efetivas, ocorre um processo de desfiguração do direito do trabalho, em que ele perde sua *identidade*.

Uma vez efetivo, o direito do trabalho também pode ser *eficaz*, isto é, cumprir a finalidade de proteger a classe trabalhadora, assim como pode não cumpri-la, situação na qual teria efetividade sem ser eficaz. A *efetividade sem eficácia* é a chave para reconhecer a desfiguração do direito do trabalho, hipótese em que a forma jurídica tem existência e efetividade, mas como direito civil, ou direito do mercado de trabalho⁵⁴, ou ainda como direito do

53 Quais sejam: ocultar a coerção na relação de compra e venda da força de trabalho, disciplinar e subordinar a força de trabalho, estabelecer o preço do capital variável e normalizar/naturalizar a exploração do mais-valor.

54 “Instrument de politique publique, bilatéralisation du droit social, émergence d’une nouvelle opposition pivot entre insiders et outsiders: telles sont les logiques structurant un droit du marché du travail présentes dans la réforme. Au nom de l’emploi, ces trois éléments ont en commun la fragilisation d’un impératif: celui de la protection du salarié face à l’exercice du pouvoir patronal. Plus encore, cet affaiblissement constitue une technologie du droit du marché du travail”. SACHS, Tatiana. “La consolidation d’un droit du marché du travail”, *Revue de droit du travail*, n. 12, Paris: Dalloz, Décembre 2016, p. 751. “Instrumento de política pública, bilateralização do direito social, surgimento de uma nova oposição central entre *insiders e outsiders*: essas são as lógicas que estruturam um direito do mercado de trabalho presente na reforma. Em nome do emprego, esses três elementos têm em comum a fragilização de um imperativo: o da proteção do empregado ante o exercício do poder do empregador. Mais que isso, esse enfraquecimento constitui uma tecnologia do direito do mercado de trabalho”. (tradução A.S.)

capital⁵⁵, mas não como direito do trabalho.

Tendo em vista que o direito do trabalho é, em essência, forma jurídica, ainda que com uma racionalidade adaptada ao cumprimento da função que lhe dá sentido, seus *limites* são determinados pelas necessidades de reprodução das relações capitalistas de produção. Todavia, essa reprodução pode ser levada a efeito nas mais diversas condições que, por sua vez, assimilam diferentes graus de exploração da força de trabalho.

As limitações do direito do trabalho para induzir à subversão do sistema e seu papel na preservação da força de trabalho constituem fatores que, do ponto de vista do capitalista ideal, justificam sua *existência*. Todavia, ele também constitui óbice à apropriação desmedida do mais-valor, o que transforma o capitalista concreto em forte opositor de sua *efetividade* e de sua *eficácia*.

48

Os trabalhadores, por sua vez, percebem, no cotidiano da vida, a *potência material* do direito do trabalho na melhoria de sua condição social, assim como constatam que, sem sua mobilização, ela não passará de mera *possibilidade*. No decorrer desse embate que visa conduzir o direito do trabalho de *possibilidade* a *efetividade* com *eficácia*, ou seja, com predomínio da função protetora, a classe trabalhadora passa por um processo de amadurecimento que tende a levá-la a tomar consciência de si mesma, ou seja, de sua condição de classe explorada que trabalha para si e para a classe que vive do trabalho alheio. Nessa práxis encontra-se a *potência política* do direito do trabalho para elevar a luta de classes a um novo patamar⁵⁶.

55 “Cogitar a perda do princípio da Proteção seria tornar o Direito do Trabalho um deserto, destituído de seu caráter eminentemente humano e fértil. Negada a Proteção, viria a constituir-se um outro corpo normativo estranho ao Direito do Trabalho.

Um *anti-Direito do Trabalho*.

Uma exceção ao Direito do Trabalho.

Um *Direito do Capital*”. MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **Direito do trabalho como barricada**: sobre o papel tático da proteção jurídica do trabalhador. Tese de doutorado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 150.

56 “E esse processo de lutas, além de experimentar na ação dos trabalhadores, pode, em determinadas circunstâncias, criar impasses políticos para os dominantes. Melhorias e reformas sociais e democráticas não são sempre e em qualquer circunstância ou quantidade toleráveis pelas

4 A EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO

A exposição das modalidades do direito do trabalho mostrou que o processo que o leva da possibilidade à efetividade é central para a compreensão da dinâmica de seu desenvolvimento. Não por acaso, o problema da efetividade é objeto de consideração até mesmo pela teoria positivista, reconhecida expressão do idealismo, segundo a qual uma norma sem um mínimo de efetividade perde seu caráter jurídico. Por motivos evidentes, essa consideração aumenta nas teorias de viés sociológico, assim como constitui um dos aspectos primordiais para uma concepção que busca apreender o direito a partir do materialismo histórico-dialético.

Tendo como ponto de partida o sentido comum da palavra, o elemento caracterizador da efetividade é a vinculação com o real e, por conseguinte, efetivo é uma qualidade daquilo que é capaz de “produzir um efeito real”⁵⁷.

Do ponto de vista da teoria positivista do direito, ainda persiste uma imprecisão acerca do sentido da efetividade, o que pode ser constatado, por exemplo, na seguinte passagem da obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen:

Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada,

classes dominantes, não obstante possam ser toleráveis para o capital tomado abstratamente – maiores salários, em si mesmos e até certo limite bem elástico, não alteram a equação capital-trabalho. Impõe-se, portanto, salientar esse duplo aspecto das lutas por reformas: (I) o crescimento da força subjetiva das classes trabalhadoras, o acúmulo de forças (instituições de organização, propaganda e mobilização; experiência e capacidade política, unidade etc.); e (II) o crescimento das dificuldades hegemônicas das classes dominantes, inclusive no tocante às condições materiais para o equilíbrio interno de compromissos”. BARISON, Thiago. A estrutura sindical de Estado no Brasil e o controle judiciário após a Constituição de 1988. Tese de doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 156.

57 Efetividade 1. Qualidade ou estado do que é efetivo; estado ativo de fato (efetividade profissional) 2. Capacidade de produzir um efeito real (efetividade mecânica) 3. Resultado ou efeito verdadeiro; realidade, existência 4. Capacidade ou possibilidade de ser us. para um objetivo (efetividade dos recursos). Dicionário

Caldas Aulete on line. Disponível em <<http://www.aulete.com.br/efetividade>>. Acesso em 02.nov.2018.

se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente).⁵⁸

Percebe-se que Kelsen utiliza o termo *eficácia* no sentido de correspondência *efetiva* entre a conduta humana e o modelo previsto na norma. Estaria ele tratando da eficácia da norma ou de sua efetividade? Seguindo a pista do sentido filosófico e do sentido comum do termo efetividade, é possível concluir que também no âmbito da teoria positivista do direito o significado que tem maior precisão terminológica é aquele que busca caracterizar a efetividade como a qualidade de produzir efeitos no mundo real⁵⁹, o que pode ser aplicado ao conjunto do ordenamento jurídico ou a uma norma em particular. Nessa direção, a efetividade é o objeto da sociologia jurídica e pode ser definida como o “grau de realização na prática social das regras enunciadas pelo direito”⁶⁰ ou o nível de conformidade entre o modelo de conduta estabelecido na norma jurídica e o comportamento adotado por aqueles a quem ela se destina:

50

58 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 11-12.

59 No âmbito da teoria geral do direito também não é incomum que a efetividade seja denominada de eficácia social, termo pouco preciso, que mais confunde do que esclarece (*Cf.* REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15). Isso porque a eficácia é um conceito familiar à teoria da norma jurídica, com definição já consagrada, sendo que o acréscimo do qualificativo “social” não é suficiente para desvinculá-lo desse âmbito. É possível identificar duas espécies de eficácia da norma: a interna e a externa. A eficácia interna é a aptidão da norma para produzir efeitos jurídicos (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66.), ou seja, quando a conduta por ela estabelecida torna-se obrigatória e pode ser exigida. É esse o sentido mais comum no qual a palavra eficácia é utilizada no meio jurídico. É nesse nível que se localiza a discussão acerca da eficácia plena, contida ou limitada das normas constitucionais, por exemplo. Nesse caso, a eficácia interna é condição da efetividade, visto que sem a primeira a norma sequer existe. A eficiência, por sua vez, é a capacidade de alcançar os efeitos almejados com o menor custo possível. Sua utilização no meio jurídico deve-se sobretudo à análise econômica do direito, que prega a relação custo/benefício como critério de avaliação das normas e dos ramos do direito.

60 LASCOUMES, Pierre; SERVERIN, Évelyne. “Théories et pratiques de l’effectivité du droit”. *Droit et société*, n°2, 1986, pp. 101-124.

Em um primeiro sentido, efetividade é uma *relação quantitativa de conformidade de dados do mundo social* (situação de pessoas ou de coisas, relações entre indivíduos e grupos, conduta etc.) aos modelos que constituem as regras que compõem o sistema de direito ou, para uma regra jurídica determinada, de conformidade de situações empíricas as quais seu objeto a torna aplicável ao modelo que ela constitui.⁶¹

É possível perceber que tanto para as concepções positivistas quanto para aquelas de viés sociológico, o cerne do problema da efetividade está na correspondência entre as normas e as condutas daqueles a quem elas se destinam. Logo, haveria um plano normativo em que seria possível identificar o direito verdadeiro, puro, ideal, em contraposição a um plano da realidade no qual esse direito seria corrompido, desrespeitado, negado pelos sujeitos.

Ocorre que negação é um momento constitutivo do ser, de sorte que, tal qual a crise em relação ao capital, o delito, a infração, o descumprimento, a transgressão, a violação da norma, também são essenciais para a própria constituição do direito. O direito se coloca ante essas situações e as inclui na esfera do jurídico, com as consequências que devem ser impostas pelo Estado.

Portanto, mesmo quando aparentemente não apresenta efetividade, o direito continua a constituir as relações sociais em relações jurídicas, já que o momento legal é apenas um dos aspectos que compõem a instância jurídica. Enquanto as relações de troca exigirem que os portadores de mercadorias sejam constituídos em sujeito de direito, formalmente livres e iguais, o direito terá efetividade, ou seja, continuará a ser uma técnica prática necessária à reprodução das relações de produção capitalistas.

Conquanto essa constatação seja importante, ela não pode ser o

61 “Dans un premier sens, l’effectivité est *un rapport quantitatif de conformité des données du monde social* (situations de personnes ou de choses, relations entre individus et groupes, opérations d’acteurs, conduites, etc.) aux modèles que constituent les règles composant le système de droit considéré ou, pour une règle juridique déterminée, de conformité des situations empiriques auxquelles son objet la rend applicable au modèle qu’elle constitue”. JEAMMAUD, Antoine. “Le concept d’effectivité du droit”. In AUVERGNON, Philippe (Org.). **L’effectivité du droit du travail. À quelles conditions?** 2. ed., Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, pp. 42-3. (tradução A.S)

ponto de chegada da pesquisa, pois esvaziaria seu sentido. Por conseguinte, é necessário avançar a análise em direção à complexidade das relações sociais.

A funcionalização da forma jurídica para evitar o distanciamento entre o preço e o valor da força de trabalho não é resultado natural nem necessário do desenvolvimento do modo de produção capitalista na transição da fase concorrencial para a monopolista. É bem verdade que nesse momento o sistema experimentou profundas modificações no seu ordenamento e na sua dinâmica. Uma das alterações mais significativas se deu na atuação do Estado que, além da preservação das condições externas da produção, passou a induzir o desenvolvimento do sistema como agente econômico direto, assim como a organizar o processo social de produção.

Como é forma política, derivada da forma mercadoria, o Estado está comprometido em sua essência com a reprodução da sociabilidade capitalista. Todavia, a separação da instância econômica da instância política, levada a efeito para ocultar as relações entre a exploração e a dominação, exigiu a constituição do Estado como um terceiro que detém autonomia relativa frente aos agentes econômicos e, por conseguinte, que está exposto às pressões e conflitos que permeiam a luta de classes.

52

Foi justamente essa conjunção entre as transformações experimentadas na dinâmica do modo de produção e a agudização da luta de classes que determinou a nova atribuição conferida à forma jurídica e permitiu o aparecimento do direito do trabalho.

A realização da função protetora do direito do trabalho, e por conseguinte de sua efetividade com eficácia, constitui fator contradicional que, via de regra, vai de encontro aos interesses imediatos dos capitalistas concretos. Essa característica faz com que o meio de expressão predominante do direito do trabalho seja a lei, norma geral de conduta que pode ser imposta pelo Estado, assim como explica a forte resistência à adoção voluntária das condutas tipificadas por esse ramo particular da forma jurídica.

Em razão dessas peculiaridades do direito do trabalho, enquanto ramo da forma jurídica que se expressa primordialmente por meio de normas gerais de conduta, é imprescindível analisar sua evolução legislativa, mas sem descurar da realidade nas quais essas normas devem incidir. Isso porque “para

confirmar a existência objetiva do direito, não nos basta saber seu conteúdo normativo, é preciso saber se esse conteúdo normativo se realizada na vida, ou seja, nas relações sociais”⁶². Se não existe correspondência entre a conduta estabelecida pelas normas do direito do trabalho e o comportamento de seus destinatários, não há como ele cumprir sua atribuição nem atingir sua finalidade. Logo, não é possível falar em efetividade do direito do trabalho sem considerar a efetividade da legislação trabalhista.

Nesse ponto surge o problema da obediência, visto que a adoção da conduta pode ser motivada por diferentes fatores, que vão desde o temor da sanção até o autoconvencimento acerca da necessidade de sua observação. Premido pelas leis coercitivas da concorrência, o capitalista faz com que essa avaliação se transforme em um cálculo de custos e benefícios⁶³.

Se o tipo comportamental estabelecido no contrato ou na norma não é adotado por seu destinatário entram em cena outros momentos da forma jurídica, como a fiscalização e a decisão judicial. Nesse cenário, percebe-se que a efetividade do direito do trabalho passa, em grande medida, pela ação do aparelho estatal responsável por sancionar as condutas que não observam suas regras. Ocorre que esse aparelho é formado por integrantes das classes médias, cujo ideário político está sujeito à hegemonia ideológica da classe dominante⁶⁴, o que, em maior ou menor grau, constitui obstáculo

62 PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Op. cit., p. 113.

63 “[...] com o apogeu das sociedades capitalistas liberais, eminentemente técnicas, revelou-se rapidamente que o direito procede de modo distinto das religiões e das moralidades. Ainda que haja uma função educativa e pedagógica nas normas jurídicas, o direito foi tornado, nas sociedades liberais, um jogo de cálculos técnicos. Quando um capitalista se depara com a norma ‘pagará impostos’, seu raciocínio em geral é o seguinte: qual a multa por sonegar os impostos? É compensador recolher os tributos ou é mais interessantes aos lucros da sua atividade sonegar os impostos e depois recolher a multa correspondente? Ora, esse tipo de instrumentalização do direito não obedece a um critério pedagógico, educacional, ético, de reforma da sociedade e dos indivíduos. Seu objetivo principal, pelo contrário, é o de ser uma técnica. O direito, no capitalismo, é convertido a um cálculo”. MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 99.

64 “A dominação da burguesia se expressa tanto na dependência do governo em relação aos bancos e grupos capitalistas, como na dependência de cada trabalhador individual em relação a seu empregador, como ainda no fato de que os funcionários do aparato de Estado estão pessoalmente vinculados à classe dominante”. PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Op. cit., p. 169.

à concretização da função protetora do direito do trabalho.

Tendo em vista a ambivalência⁶⁵ que caracteriza o direito do trabalho do ponto de vista político, a mera existência desse ramo do direito não é condição suficiente para autorizar a conclusão de que a forma jurídica foi, de fato, utilizada para a evitar o distanciamento entre o preço e o valor da força de trabalho. Isso porque em certas conjunturas históricas uma dada formação social pode adotar o direito do trabalho e fazer efetiva sua função protetora, mas no decorrer do tempo, com a mudança na correlação de forças das classes em disputa, essa função pode permanecer apenas como possibilidade, sem ser efetiva, com predomínio das demais funções da forma jurídica.

A avaliação acerca da efetividade do direito do trabalho – se é utilizado para impedir o distanciamento entre o preço e o valor da força de trabalho ou se há o predomínio de outra função da forma jurídica na regulação dessa relação – e de sua eficácia – se protege a classe trabalhadora – somente pode ser levada a efeito quando as relações jurídicas concretas são analisadas. Essa análise é necessária para apreender o direito do trabalho tal qual ele se manifesta ao longo da história de determinada formação social e assim identificar o *direito do trabalho efetivo*.

Somente assim é possível desmistificar concepções que tomam o direito do trabalho por aquilo que o observador gostaria que ele fosse, assim como para denunciar a insuficiência de uma abordagem restrita ao formalismo normativista, que dá as costas à realidade. No primeiro caso o direito efetivo se contrapõe ao direito desejado, enquanto que no segundo o faz em face do direito idealizado.

65 “Le caractère protecteur du droit du travail n’exclut pas l’ambivalence. Le contrat de travail – l’un des ‘piliers’ des relations du travail – implique la subordination du salarié et fonde, pour partie au moins, les pouvoirs du chef de l’entreprise. Les lois qui consacrent des libertés (syndicales, de grève) conduisent (notamment les juges) à les définir et partant à les limiter”. JAVILLIER, Jean-Claude. **Droit du travail**. Op. cit., p. 29. “A natureza protetora do direito do trabalho não exclui a ambivalência. O contrato de trabalho - um dos ‘pilares’ das relações de trabalho – implica a subordinação do empregado e fundamenta, pelo menos em parte, os poderes do empregador. As leis que consagram as liberdades (sindicais, de greve) levam (especialmente os juízes) a defini-las e, assim, limitá-las”. (tradução A.S.)

5 CONCLUSÃO

O direito do trabalho é estruturado sobre a forma jurídica e, como tal, é um fenômeno cuja existência é historicamente determinada no capitalismo. Seu sentido está na necessidade de evitar o distanciamento entre o preço e o valor da força de trabalho. Sua finalidade é proteger a classe trabalhadora, cuja reprodução se vê ameaçada quando não são impostos limites à voracidade do capital por mais-valor.

A dinâmica do direito do trabalho se estabeleceu sobre essa contradição, visto que o capital necessita da força de trabalho para a continuidade do processo de valorização do valor e, concomitantemente, os capitalistas são instados pelas leis coercitivas da concorrência a elevar continuamente a taxa de exploração.

O sistema dispõe de outros meios para viabilizar a reprodução social da força de trabalho, de sorte que o direito do trabalho não é uma *necessidade* do capitalismo. A luta de classes é a causa, o *móvel*, que proporcionou sua *existência* e o impele a passar de *possibilidade* para *efetividade*.

55

A funcionalidade do direito do trabalho para a reprodução do sistema capitalista não é apreensível de maneira imediata, o que exige sua imposição por meio de normas imperativas emanadas do Estado, como capitalista ideal, ainda que contra a vontade dos capitalistas concretos. Em razão disso, esse ramo do direito é mais volátil a alterações de conteúdo e está mais exposto à resistência dos destinatários de suas normas, o que explicita o *problema* da efetividade do direito do trabalho.

Somente a análise das relações jurídicas concretas permite apreender o direito do trabalho tal qual ele se manifesta ao longo da história de determinada formação social e assim avaliar se ele desempenhou sua função protetora, ou seja, se foi efetivo para aproximar o preço do valor da força de trabalho e se foi eficaz em proteger a classe trabalhadora.

REFERÊNCIAS

AUVERGNON, Philippe (Org.). **L'effectivité du droit du travail**. À quelles conditions? 2. ed. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.

BARISON, Thiago. **A estrutura sindical de Estado no Brasil e o controle judiciário**

após a Constituição de 1988. Tese de doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

BATISTA, Flávio Roberto. **Crítica da tecnologia dos direitos sociais.** São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitária, 2013.

BOITO Jr., Armando. “Pré-capitalismo, capitalismo e resistência dos trabalhadores: nota para uma teoria da ação sindical”. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 12, 2001.

BOTTOMORE, Tom (Coord.). **Dicionário do Pensamento Marxista.** Tradução Waltensir Dutra. 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico.** Tradução Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Boitempo, 2012.

GRESPLAN, Jorge. **O negativo do capital: o conceito de crise na crítica de Marx à economia política.** 2. ed., São Paulo: Expressão Popular, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Ciência da Lógica: 2. A Doutrina da Essência.** Tradução Christian G. Iber e Federico Orsini. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2017.

56 JAVILLIER, Jean-Claude. **Droit du travail.** 2. ed., Paris: LGDJ, 1988.

JEAMMAUD, Antoine. “Le concept d’effectivité du droit”. In: AUVERGNON, Philippe (Org.). **L’effectivité du droit du travail. À quelles conditions?** 2. ed., Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASCOUMES, Pierre; SERVERIN, Évelyne. “Théories et pratiques de l’effectivité du droit”. **Droit et société**, n°2, 1986.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito.** Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUKÁCS, György. **Prolegômenos para uma ontologia do ser social: questões de princípios para uma ontologia hoje tornada possível.** Tradução Lya Luft e Rodney Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2010.

MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **Direito do trabalho como barricada: sobre o papel tático da proteção jurídica do trabalhador.** Tese de doutorado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

MANDEL, Ernest. **O capitalismo tardio.** Tradução Carlos Eduardo Silveira Matos, Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MARX, Karl. **Introdução à crítica da economia política**. Coleção Os Pensadores. Tradução de Edgar Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. **O capital**: crítica da economia política. **Livro I**: o processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **O capital**: crítica da economia política. **Livro III**: o processo global da produção capitalista. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017.

_____. **Trabalho assalariado & Salário, preço e lucro**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução Ana Prata, 3. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitária, 2014.

_____. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.

NETTO, José Paulo. **Serviço Social e Capitalismo Monopolista**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)**. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RUBIN, Isaak Ilich. **A teoria marxista do valor**. Tradução José Bonifácio de S. Amaral Filho. São Paulo: Editora Polis, 1987.

SACHS, Tatiana. “La consolidation d’un droit du marché du travail”. **Revue de droit du travail**, n. 12, Paris: Dalloz, Décembre 2016.

_____. **La raison économique en droit du travail**. Contribution à l’étude des rapports entre le droit et l’économie. Paris: LGDJ, 2013.

SHAW, William H. “Materialismo histórico”. BOTTOMORE, Tom (Coord.).

Dicionário do Pensamento Marxista. Tradução Waltensir Dutra. 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A “PREVALÊNCIA” DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A INTERVENÇÃO SINDICAL NA DESPEDIDA COLETIVA: INCOERÊNCIAS E POSSIBILIDADES INTERPRETATIVAS

*Almiro Eduardo de Almeida¹
Oscar Krost²*

*“Dizem que estamos cercados de inimigos. Mas não é a presença dos outros que mais nos ameaça. É a nossa ausência.”
Mia Couto³*

Resumo: A Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/17 teve por principal objetivo “modernizar” a CLT, dando prevalência ao negociado sobre o legislado. Equiparou, ainda, as despedidas individual, plúrima e coletiva, contrariando, com isso, o próprio propósito da mudança legal, indo de encontro à Constituição, à orientação da OIT sobre o tema, à jurisprudência majoritária e aos Princípios do Direito do Trabalho, que exigem a participação dos sindicatos em situações que envolvam dispensas coletivas. Para além de criticar a norma cogente, propõe-se no presente estudo a apresentação de possibilidades de interpretação que preservem a organicidade do sistema juslaboral.

Palavras-chave: Dispensa coletiva. Reforma trabalhista. Negociação coletiva.

1 Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Professor de Graduação no Centro Universitário Metodista – IPA. Especialista em Direito do Trabalho pela *Universidad de la República Oriental del Uruguay*. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP.

2 Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Professor em Cursos de Especialização em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Coordenador e conciliador do Cejusc/Blumenau.

3 COUTO, Mia. As areias do imperador: o bebedor de horizontes. Livro 3. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 165.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/17 acarretou mudanças em diversas regras da CLT. Ao modificar o texto normativo, o legislador não apenas deixou de observar os princípios que devem informar as leis trabalhistas, a construção jurisprudencial pacificada há décadas e o marco constitucional inaugurado em 1988, mas também cometeu uma série de incoerências e contradições internas ao próprio texto que produziu.

No que diz respeito às funções atribuídas aos sindicatos, por um lado, o legislador reformista buscou assegurar a qualquer custo a “prevalência do negociado sobre o legislado”, fazendo valer a vontade dos agentes coletivos, ainda que contrária a expresso texto de lei, como se infere do art. 611-A da Consolidação.

Em sentido diametralmente oposto, simplesmente afastou a proteção sindical em um dos momentos em que o trabalhador mais dela necessita: na extinção do contrato de trabalho. A reforma não apenas dispensou a homologação sindical em qualquer hipótese de despedida (art. 477 da CLT), mas equiparou despedidas essencialmente distintas com a clara intenção de desproteger o trabalhador (art. 477-A da CLT).

Exatamente sobre tais questões recairá o estudo em curso. Para além de uma crítica às falhas do texto legislativo alterado pela Reforma Trabalhista, buscar-se-á apresentar propostas objetivas de interpretação, a fim de emprestar à norma um sentido menos contraditório e que melhor se afine com o sistema jurídico como um todo, especialmente a seus fundamentos de validação.

2 A SUPOSTA “PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO”

O Direito do Trabalho nasce da luta de classes, sua fonte material por excelência. Diferentemente dos demais ramos do Direito, esse em particular manifesta-se não apenas por um conjunto de normas emanadas pelo Estado, tais como Constituição, Leis, Portarias, Instruções Normativas e Medidas Provisórias, por exemplo, mas também e sobretudo por normas de caráter internacional, como as Convenções e Recomendações da OIT,

e disposições estabelecidas pelas próprias partes envolvidas no conflito, no caso, Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho. Dessa manifestação coletiva, casuística e pontual, assume a “questão social” espaço de destaque, dando ensejo, inclusive, a manifestações em campos opostos, como a política, a religião e o Direito Internacional, a exemplo do Manifesto do Partido Comunista (1848), da Encíclica *Rerum Novarum* (1891) e do Tratado de Versalhes (1919).

Em verdade, a intervenção estatal somente se deu depois que os trabalhadores passaram a se unir a fim de que, somando suas forças, pudessem pressionar os empregadores por melhores condições de trabalho. Com o intuito de solucionar as controvérsias geradas por esses conflitos de classe é que o Estado, inicialmente abstencionista nas relações entre capital e trabalho, passou, paulatinamente, a regulamentá-las, gerando a segurança jurídica necessária à manutenção da atividade econômica⁴ e, em última instância, à manutenção e ao desenvolvimento do próprio modelo capitalista de produção.⁵ É possível, pois, afirmar que o Direito Individual do Trabalho é uma consequência de seu âmbito coletivo.

Somente com a atuação normativa do Legislativo, do Executivo e do Judiciário⁶ é que se pode aventar do nascimento de uma projeção individual do Direito inicialmente Coletivo do Trabalho. Neste sentido, cita-se Enoque Ribeiro dos Santos:

A história da evolução do Direito Coletivo do Trabalho seguramente confunde-se com a própria história do Direito do Trabalho.

⁴ Para uma adequada compreensão desse processo, imprescindível a leitura de RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: História, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

⁵ BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Curso sobre la evolucion del pensamiento juslaboralista**. Montevideu: Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.

⁶ Sobre a importância da Justiça do Trabalho na própria construção do Direito do Trabalho, antes mesmo do advento da CLT, assinala Magda Biavaschi: “*Observam-se as dificuldades, precariedades e, a partir delas, os germens de um arcabouço jurídico em formação, disciplinando procedimentos e dotando as instituições de condições para poder dizer o Direito e fiscalizar o seu cumprimento, em um processo dinâmico em que a burocracia de Estado também ia sendo constituída.*” (BIAVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942: A construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr: Jutra – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho, 2007, p. 225).

(...)

O Direito das Relações Coletivas do Trabalho, sob o ponto de vista jurídico-sociológico, foi o fator principal, a mola propulsora do Direito do Trabalho, muito embora o reconhecimento pelo Estado da existência desse ramo do Direito tenha começado pela regulamentação do Direito Individual do Trabalho.⁷

Por questões de diversas ordens, que não cabem aqui abordar, pelos limites impostos a esse texto, apresenta-se necessário, apenas, destacar que os planos individual e coletivo do Direito do Trabalho possuem inúmeras intersecções, em maior número do que os pontos de separação. Como exemplo, a Constituição da República, que no seu art. 7º assegura, de modo não exaustivo, alguns direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, individualmente, dentre os quais, o reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho (inciso XXVI), tratando nos arts. 8º e 9º da associação profissional e sindical, bem como da greve, e, finalmente, o art. 114, no qual reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar dissídios individuais e coletivos, inclusive envolvendo questões atinentes a greves e representação sindical.

62

Sob qualquer prisma que se encare a questão, fato é que os conflitos entre capital e trabalho, em sede de direitos individuais ou coletivos, sempre tiveram por principal objetivo alguma forma de regulação dessa relação, seja para limitar a exploração da força produtiva, ou, ainda, para fixar valores mínimos de retribuição da mão de obra e tratar das condições de trabalho de forma geral. Desde que passou a intervir nas relações individuais de trabalho, o Estado sempre fixou marcos mínimos de regulação, deixando às partes o estabelecimento de patamares superiores, a fim de que pudessem adequar às necessidades específicas de cada ramo, primando-se pela participação dos sindicatos nesse processo, a fim de preservar ao máximo um equilíbrio de forças negociais.

As alegações de que o Direito do Trabalho era rígido demais e que deveria ser “flexibilizado” não fazem sentido. Como bem argumenta

7 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Direito Coletivo do Trabalho sob a perspectiva histórica*. In: **Curso de Direito do Trabalho, volume 3**: Direito Coletivo do Trabalho. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, organizadores. São Paulo: LTr, 2008 - Coleção Pedro Vidal Neto, pp. 20-2.

Oscar Uriarte⁸, o Direito do Trabalho sempre foi flexível para cima, ou seja, jamais impediu alterações, quer legislativas, quer negociadas, que viessem a melhorar as condições dos trabalhadores. É nesse sentido, inclusive, o texto expresso do *caput* do art. 7º da Constituição, já referido aqui.

A denominada negociação coletiva de trabalho, juntamente com a greve, sempre foi um dos mais eficientes instrumentos utilizados pela classe trabalhadora para reivindicar direitos e efetivar a melhoria de suas condições socioeconômicas. Já tivemos oportunidade de escrever que, na verdade, o termo *negociação* não pode levar ao equívoco de que se trata de uma dupla concessão, por parte do capital e por parte do trabalho.⁹ Isso porque os direitos dos trabalhadores são indisponíveis e irrenunciáveis. A negociação coletiva de trabalho deve ser compreendida como aquilo que na realidade sempre foi: um instrumento de pressão para que os trabalhadores melhorem as suas condições de vida, mediante concessões realizadas pela classe patronal, a fim de manter as relações de trabalho com níveis menos agressivos de exploração.

Não obstante isso, a tentativa, a toda evidência inconstitucional e historicamente distorcida, de fazer com que as normas coletivas prevaleçam sobre o mínimo assegurado pelo texto legal, viabilizando, assim, a renúncia coletiva de direitos trabalhistas não é inédita. Já em 2001, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, enviou o Projeto de Lei nº 5.483/2001 à Câmara dos Deputados, propondo a alteração do art. 618 da CLT para que apenas fosse aplicada a legislação trabalhista na ausência de normas coletivas. Aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto de lei não passou pelo crivo do Senado Federal.

Cerca de 15 anos depois, o então Presidente Michel Temer apresenta Projeto de Lei com a mesma finalidade. O projeto que, na sua origem, alteraria 7 artigos da CLT, acabou se transformando na Reforma Trabalhista e, em apenas 14 dias de discussão(!), resultou na alteração de 106 artigos da CLT, além de modificar outras leis. A mudança em questão

8 URIARTE, Oscar Ermida. **A Flexibilidade**. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2002, p. 05.

9 ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito do Trabalho**: avesso da precarização. São Paulo: LTr, 2014, p. 109.

realmente foi aprovada apenas duas semanas depois de apresentada pelo relator. Se esse exíguo prazo já impressiona, o que realmente atordoa é o dado de que se computaram, no total, apenas 26 horas de debate parlamentar para a realização da maior alteração no Direito do Trabalho.¹⁰

O regime de urgência para tratar da questão, já requerido por Fernando Henrique Cardoso, em 2001, foi realmente levado a sério pelos congressistas. Após a aprovação em tempo recorde na Câmara dos Deputados, mesmo constatando irregularidades formais e materiais, o projeto foi aprovado no Senado Federal sem qualquer alteração e sancionado pelo Presidente da República da mesma forma.

A pressão do capital pela açodada aprovação do projeto impediu que os parlamentares discutissem e se dessem conta de uma série de impropriedades, inconstitucionalidades e até mesmo incongruências do novo texto normativo. Como diz o ditado popular: a pressa é inimiga da perfeição!

O legislador incorreu em equívoco técnico ao determinar que

no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Art. 8º, § 3º, da CLT).

Isso porque, nos arts. 611-A e 611-B, condiciona a licitude do objeto das normas coletivas ao exame de seu conteúdo normativo. Assim, ao analisar as normas coletivas, o Juiz do Trabalho deverá necessariamente apreciar o seu conteúdo, inclusive avaliando a possível redução ou supressão de direitos que a norma contém, como determina expressamente o *caput* do art. 611-B. Ao mesmo tempo em que tentou obstar a apreciação judicial do

10 Nesse sentido, Nota Técnica nº 07, de 09 de maio de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho – MPT, disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546/notatecnica07.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1B00K89D40AM2L613R2000-508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546-IVoRYMj>. Acesso em: 26 fev. 2019. Apenas a título de comparação, a alteração do CPC, ocorrida em 2015, tramitou no Congresso Nacional por mais de 06 anos; já o Código Civil levou 27 anos para ser aprovado!

conteúdo das normas coletivas, em nítida ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (Constituição, art. 5º, inciso XXXV), o legislador reformista impôs ao Judiciário Trabalhista o dever de analisar tal conteúdo, sob pena de ofensa aos arts. 611-A e 611-B da CLT.

O que se percebe da leitura dos arts. 611-A e 611-B da CLT é que, ao admitir o afastamento da proteção legislativa em algumas matérias, a lei não está cedendo lugar à negociação coletiva, uma vez que aquela continua prevalecendo sobre essa ao determinar o objeto e a extensão da negociação. O que a Reforma Trabalhista faz não é reconhecer a prevalência do negociado sobre o legislado, mas tão somente institucionalizar a renúncia coletiva de alguns dos direitos mínimos historicamente conquistados e legislativamente assegurados.

A efetiva prevalência do negociado sobre o legislado, ou do Direito Coletivo do Trabalho sobre o Direito Individual do Trabalho, pressupõe uma inversão dos valores do Estado Liberal: a intervenção do Estado nas relações individuais de trabalho, para que mantenha e faça respeitar o mínimo civilizatório assegurado em lei e a sua total abstinência nas relações coletivas, garantindo a plena liberdade sindical, conforme previsto na Convenção nº 87 da OIT, o exercício pleno do direito de greve, previsto no art. 9º da Constituição, e, respeitados os patamares mínimos legais, a plena liberdade de negociação coletiva, visando sempre à melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como preconiza o *caput* do art. 7º da Constituição. Somente assim poderá se tornar realidade o presságio de Scelle, referido por Segadas Viana: “No princípio foi a lei do patrão; hoje é a lei do Estado; no futuro será a lei das partes”.¹¹

A incoerência da Reforma Trabalhista não se esgota nesse singelo exemplo sobre os possíveis objetos de negociação coletiva e a falácia da prevalência do negociado sobre o legislado. Outros tantos poderiam ser aqui apresentados. Entretanto, o que torna a reforma ainda mais incoerente é a distinção de tratamento que ela atribui à negociação coletiva, aos sindicatos e ao Direito Coletivo do Trabalho integralmente, quando tenta, simplesmente, instrumentalizar a renúncia de direitos assegurados em lei, bem como no

11 SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 2 vol. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1177.

que diz respeito a não proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária, na forma disposta no art. 165 da CLT, aplicável analogicamente, ou pelo previsto no art. 482 da CLT, por justa causa.

3 A DESIMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS DISTINTAS FORMAS DE DISPENSAR TRABALHADORES

Um dos principais propósitos da Reforma Trabalhista (ao menos no plano da retórica) foi “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores”.¹²

Como visto na seção anterior, na prática, essa “valorização” resultou apenas na viabilidade legal de o sindicato abrir mão de parte dos direitos mínimos assegurados aos trabalhadores pela via legislativa. Quando se trata de proteger os trabalhadores contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, entretanto, o mesmo legislador reformista simplesmente desconsiderou a importância dos sindicatos e da negociação coletiva na solução dos conflitos trabalhistas.

66

Nesse ponto, o Estado brasileiro encarna a faceta mais cruel do Estado (Neo)Liberal. Ao mesmo tempo em que intervém nas relações coletivas de trabalho (para desproteger a parte mais frágil da relação), não se limita a se abster de qualquer proteção nas relações individuais em que o empregador exerce o seu poder, mas chega ao extremo de impedir que os trabalhadores se organizem e atuem coletivamente para se auto protegerem.

O Art. 477-A da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, dispõe que “as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

Em primeiro lugar, há notar que o legislador reformista foi de uma

12 Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 6.787/2016 que dá origem à Reforma Trabalhista. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=18AC752F2A4AB8BFB950479A142079D0.proposicoesWebExterno2?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016>. Acesso em: 25 fev. 2019.

infelicidade descomunal ao tentar “equiparar para todos os fins” distintas formas de dispensa. Raimundo Simão de Melo sustenta que “a lei ‘oficializa’ grande absurdo jurídico, igualando o que, por natureza, é desigual [para o autor] é o mesmo que querer tampar um orifício redondo com uma tampa quadrada; é o mesmo que dizer por decreto que leite é preto”.¹³

A natural diferença entre dispensa individual – que afeta apenas um ou alguns poucos trabalhadores individualmente determinados – e a coletiva – que afeta um grupo indeterminado de trabalhadores, podendo recair sobre setores inteiros ou até mesmo toda a empresa – enseja a necessidade de um tratamento jurídico distinto. Além da diferença entre as modalidades de despedida, o que, por si só, já justifica um tratamento jurídico igualmente diferenciado, existem pelo menos cinco razões jurídicas que vão de encontro ao propósito do legislador reformista. Dados os limites do presente artigo, limitar-nos-emos a enunciá-las, sinteticamente:

1. em termos conceituais e de ordem sistemática, *a tentativa de equiparação enfraquece a tutela da lei trabalhista, desprestigia os princípios do Direito do Trabalho e esvazia sua razão de existir;*
2. em nível constitucional, *não atenta à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho e da livre iniciativa, ao princípio do Não-Retrocesso Social e da indispensável participação dos sindicatos na defesa dos interesses e direitos dos membros da categoria e na negociação coletiva;*
3. em sede internacional, *deixa de observar a convencionalidade, violando a Convenção no 154 da OIT, pondo o país na contramão das conquistas sociais transnacionais;*
4. em matéria de direito positivo, *contraria os ideais que orientam a própria Reforma Trabalhista, pela qual o Poder Público interfere excessivamente no trato entre empregados e empregadores e na vontade dos sujeitos coletivos e, por fim,*

13 MELO, Raimundo Simão de. Dispensa coletiva antes e depois da reforma trabalhista. Revista Consultor Jurídico. 1º de dezembro de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/reflexoes-trabalhistas-dispensa-coletiva-antes-depois-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

5. em âmbito jurisprudencial, *não leva em conta a construção dos Tribunais, especialmente do Tribunal Superior do Trabalho, prejudicando a harmonia e a independência dos Poderes, constitucionalmente previstas.*

Quanto ao último tópico elencado, recorde-se que a coerência das decisões judiciais se apresenta como um imperativo de Justiça. No emblemático caso “Embraer”, em que discutida a legalidade da dispensa de 4.200 trabalhadores sem prévia negociação coletiva, a decisão turmária do TRT da 15ª Região/Campinas foi confirmada pelo TST, seguindo sua orientação histórica, gerando importante precedente, nos seguintes termos:

A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).¹⁴

A ementa parcialmente transcrita segue fazendo referência à valorização do trabalho (art. 1º, inciso IV, da Constituição), que merece especial atenção. Pouco se fala sobre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como dois dos fundamentos da República. Sobre o valor social do trabalho, temos a importante obra de Rafael da Silva Marques, que merece menção. Nela lemos, por exemplo, que não é à toa que o trabalho precede a livre iniciativa no que diz respeito à valorização social.¹⁵

Não se pode esquecer, todavia, que o que configura o fundamento da República não é, em si, nem o trabalho, nem a livre iniciativa, mas, sim, o *valor social* que ambos possuem. Não se trata, portanto, de apenas

14 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RODC%20-%2030900-12.2009.5.15.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAta7AAS-&dataPublicacao=04/09/2009&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

15 MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p. 67.

valorizar o trabalho e a livre iniciativa, mas antes de reconhecer que tanto um quanto o outro possuem um valor social intrínseco que extrapola os seus limites individuais. Na realidade, lido com a devida atenção, o inciso IV do art. 1º da Constituição deve ser compreendido muito mais como uma restrição do que como uma simples valorização. Com efeito, ainda que tenham importantes funções individuais em um sistema capitalista de produção, tanto o trabalho como a livre iniciativa trazem em si também valores sociais. Valores esses que foram elevados pela Constituição como os verdadeiros fundamentos da República.

Nosso argumento é o de que não é o trabalho e a livre iniciativa, em si, que foram valorizados como fundamentos, mas os valores sociais que guardam e, de certa forma, os limitam. Podemos aqui fazer uma analogia com a função social da propriedade, tema muito mais debatido e, justamente por isso, melhor compreendido. Assim como essa gera obrigações aos proprietários, os valores sociais inerentes ao trabalho e à livre iniciativa geram algumas obrigações por parte de trabalhadores e empregadores. O valor social do trabalho, que extrapola o benefício meramente individual que dele decorre, é certamente um dos fundamentos que faz com que os trabalhadores não possam, por exemplo, abrir mão de seus direitos ou negociar cláusulas prejudiciais à coletividade, tais como extrapolação de jornada de trabalho ou redução de salários, ainda que, no caso concreto e individualmente considerado, o trabalhador possa a vir a se beneficiar em um primeiro momento com tais renúncias. Os direitos trabalhistas não visam apenas a proteger determinado trabalhador, isoladamente considerado, mas a própria classe trabalhadora e, indiretamente, toda a sociedade.

Da mesma forma, a livre iniciativa não se limita em seu aspecto individual de gerar lucro para o empreendedor. Ela carrega consigo um valor social que foi elevado a patamar de fundamento da República. Esse valor social (assim como a função social da propriedade) gera uma série de obrigações para aquele que exerce a livre concorrência. Ao exercer esse direito fundamental e pelo simples fato de o fazer, o empreendedor adquire uma série de obrigações. Ao lado de obrigações de caráter ambiental, econômico e consumerista, destaca-se como uma das principais obrigações relacionadas ao valor social da livre iniciativa, a de gerar empregos decentes (OIT). Esse emprego deve, ainda, ser protegido contra a despedida arbitrária ou sem

justa causa (inciso I do art. 7º da Constituição). Justamente, por isso, ao desproteger os trabalhadores contra a despedida coletiva, o reformador constituinte viola não apenas o direito fundamental previsto na Lei Maior, no dispositivo antes mencionado, mas um dos pilares fundamentais da República.

O Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário interposto pela empresa em face da decisão do Tribunal Superior do Trabalho, reconheceu a repercussão geral da matéria, em 1º de agosto de 2012, pendendo, ainda, de julgamento de mérito. Na decisão monocrática, manifestou o Ministro Marco Aurélio de Mello entendimento sobre os efeitos sociais da ruptura coletiva dos contratos de trabalho, demandando, com isso, análise da constitucionalidade da prática do ato, quando não contar com a participação do sindicato, nos seguintes termos:

Está-se diante de situação jurídica capaz de repetir-se em um sem-número de casos, sendo evidente o envolvimento de tema de índole maior, constitucional. O Tribunal Superior do Trabalho assentou que a denominada dispensa em massa há de ser precedida de negociação coletiva, afastando a regra alusiva à possibilidade de o tomador dos serviços, observado o texto da Carta Federal atinente às verbas indenizatórias, vir, a qualquer momento, a implementar a cessação do liame empregatício.¹⁶

Igualar desiguais, desconsiderando as peculiaridades de cada uma das modalidades de dispensa, mostra-se equivocado, a ponto de tornar normal um erro. A *ratio decidendi* do julgado anteriormente transcrito se foca no impacto para além dos envolvidos diretos na dispensa em massa. Zela por todo o corpo social. Por conta disso, não tem a negociação coletiva e a participação do sindicato qualquer intenção de impedir que o empregador dirija como melhor lhe aprouver o negócio, mas apenas de auxiliá-lo na complexa equação das variáveis postas em um momento de crise econômica, legitimando a medida ao final adotada. Evita-se, pela influência do princípio da Boa-Fé Objetiva, questionamentos, judiciais ou extrajudiciais, quanto à lisura e discriminação na escolha dos trabalhadores dispensados, bem como a própria necessidade de assim proceder.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verpronunciamento.asp?pronunciamento=4077977>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

Nesse particular, recorde-se a previsão do próprio Código Civil, quanto à configuração de ato ilícito sempre que o exercício de um direito violar manifestamente seu fim social (art. 187), bem como a imposição à liberdade de contratar de observância dos limites e da função social dos contratos (art. 421). Não há direito sem indivíduos, assim como inexistem indivíduos sem uma organização coletiva chamada sociedade. Com isso, a tônica deve ser no sentido de que todo o direito se revista, na mesma medida e proporção, de um dever.¹⁷

Desconsiderar a jurisprudência construída por décadas pelos tribunais, especialmente os Superiores e pelo próprio Supremo, legislando em sentido diametralmente oposto, mostra-se contrário à ideia de independência e harmonia entre os Poderes, prevista no art. 2º da Constituição. Além disso, derruba por terra e desprestigia o aperfeiçoamento do Direito promovido pelas instituições, por meio de debates, estudos e análises em centenas de casos, ao longo de muitos anos.

Antes de dispensar os trabalhadores, diversas são as possibilidades paliativas a serem cogitadas, a fim de que o mercado se reequilibre e/ou o empreendedor recupere competitividade, como, por exemplo, a concessão de períodos de folga pelo uso do banco de horas (art. 59, §2º, da CLT) ou de férias coletivas (art. 139 da CLT). Em casos extremos, pode se operar, ainda, a suspensão temporária dos contratos para qualificação (art. 476-A da CLT), hipóteses que não exigem maiores esforços hermenêuticos, assim como a redução de jornada e salário.

O próprio art. 8º, *caput*, da CLT, dá pistas sobre a questão anteriormente formulada em caráter retórico, ao arrolar os parâmetros a serem observados pelos Juízes quando se depararem, no julgamento de lides, com lacunas da lei, ao dispor que, independentemente da ferramenta empregada, o farão, “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” Ora, qual interesse público seria maior do que o de preservar os empregos? Além de evitar o gasto com

17 Na cultura ancestral de Moçambique, há um dito popular que sintetiza com rara precisão a ideia de sociabilidade e risco que apenas nas últimas décadas passou a ocupar a pauta dos países de matriz romano-germânica ocidentais, no seguinte sentido: “Ninguém é uma pessoa se não for toda a humanidade.” (COUTO, Mia. As areias do imperador: sombras da água. Livro 2. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 67).

o seguro-desemprego, manter os depósitos do FGTS sob o poder do Estado e garantir a arrecadação dos tributos e recolhimentos previdenciários; a manutenção dos empregos beneficiaria de forma geral a economia e, indiretamente, os próprios empregadores, ao fomentar o consumo por parte dos trabalhadores.

Tarso Genro, a esse respeito, recorda ser um dos mais importantes princípios do Direito Coletivo do Trabalho o do predomínio do interesse coletivo sobre o interesse individual. Para ele, não há margem para oposições individuais, quando aceito um acordo proposto pelo empregador para pôr solução a um litígio, quando deliberado o conteúdo de cláusulas postuladas em contrato coletivo ou ajuizamento de dissídio na instância judicial, curvando-se aos interesses da maioria, bastando que seja instaurada regularmente assembleia.¹⁸

Por fim, um último, mas não menos importante argumento. No que concerne especificamente à proteção prevista no inciso I do art. 7º da Constituição, muito se tem dito e escrito sobre a sua qualidade de norma de eficácia limitada, que ensejaria a necessidade de criação de lei regulamentadora do direito nele previsto. Não obstante, não se pode olvidar que, conforme a lição de José Afonso da Silva, nenhuma norma constitucional é totalmente desprovida de eficácia, e mesmo as normas de eficácia limitada tem o condão de revogar a legislação infraconstitucional em contrário, estabelecerem um dever ao legislador e aos entes públicos de legislarem no sentido de regulamentá-las e, especialmente, impedirem a edição de leis infraconstitucionais em sentido contrário.¹⁹ Sendo assim, o legislador reformista agiu de forma duplamente inconstitucional: não apenas deixou de editar a lei necessária para efetivar a garantia de emprego prevista no inciso I do art. 7º da Constituição, incorrendo em uma inconstitucionalidade por omissão que já conta três décadas, mas legislou em sentido contrário, retirando uma espécie de garantia que já estava consolidada na jurisprudência. Isso sem falar na inconstitucionalidade

18 GENRO, Tarso Fernando. **Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTTr, 1988, p. 27.

19 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 127.

formal de tratar da matéria por lei ordinária, e não por lei complementar, como determina o texto constitucional.

Sob qualquer frente que se encare a questão, em sede constitucional, jurisprudencial e até mesmo legal, parece não haver margem a justificar o afastamento para lidar com tema socialmente tão sensível quanto a dispensa plúrima ou coletiva de trabalhadores. O próprio capital, quando cômico de sua responsabilidade para além dos resultados financeiros, acaba reconhecendo no sindicato um sujeito de singular importância na preservação do giro do negócio.

4 CONCLUSÕES

A Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/17 acarretou a alteração de mais de 100 artigos da CLT e outros dispositivos constantes na legislação esparsa. A tramitação do projeto de lei correspondente se deu em poucos dias, inviabilizando o debate sobre a dimensão e o alcance da mudança da normatividade laboral.

Uma das bandeiras defendidas pelo legislador reformista foi a da prevalência do negociado sobre o legislado, afastando, com isso, regras positivadas e deixando os sindicatos livres para exercerem a chamada autonomia da vontade coletiva, inclusive para piorar as condições sociais dos trabalhadores, em evidente ofensa ao *caput* do art. 7º da Constituição.

Além disso, foi inserido, na CLT, o art. 477-A, pelo qual foram equiparadas as dispensas individual, plúrima e coletiva. Com isso, ficou explícita a opção por não exigir a participação sindical ou a negociação coletiva quando realizado o despedimento de uma coletividade de empregados.

Ocorre que, por uma série de fundamentos, não só a equiparação, mas também a desproteção da despedida, pretendidas pelo legislador reformista, não se justificam. Além de ser intrinsecamente contraditória à própria lógica da reforma trabalhista – que pretende incentivar a participação dos sindicatos nas relações sociais de trabalho –, a alteração legislativa desrespeita os mandamentos constitucionais mais básicos, ofende os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, não observa as normas trabalhistas internacionais e vai de encontro à jurisprudência consolidada

dos tribunais trabalhistas.

Diante de tal quadro, sob todos os prismas que se possa examinar a questão, em sede constitucional, jurisprudencial e até mesmo legal, inexistente lastro a justificar o afastamento para lidar com tema socialmente tão sensível quanto o da dispensa plúrima ou coletiva de trabalhadores da participação do sindicato e da negociação coletiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito do Trabalho: avesso da precarização**. São Paulo: LTr, 2014.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Curso sobre la evolucion del pensamiento juslaboralista**. Montevideu: Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942: A construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr: Jutra – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho, 2007.

74 COUTO, Mía. **As areias do imperador: sombras da água**. Livro 2. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. **As areias do imperador: o bebedor de horizontes**. Livro 3. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

GENRO, Tarso Fernando. **Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. **Dispensa coletiva antes e depois da reforma trabalhista**. Revista Consultor Jurídico. 1º de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/reflexoes-trabalhistas-dispensa-coletiva-antes-depois-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: História, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Direito Coletivo do Trabalho sob a perspectiva histórica. In: **Curso de Direito do Trabalho, volume 3: Direito Coletivo do Trabalho**. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (organizadores). São Paulo: LTr, 2008 - Coleção Pedro Vidal Neto, pp. 11-24.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; SEGADAS VIANNA. **Instituições de**

Direito do Trabalho. v. II, 11. ed. São Paulo: LTr, 1991.

URIARTE, Oscar Ermida. **A Flexibilidade.** Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2002.



A FIGURA DA EMPREGADA DOMÉSTICA INTERMITENTE: UMA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA

*Cássio Brognoli Selau*¹

Resumo: O presente estudo visa à análise da figura da diarista² - entendida como a trabalhadora doméstica autônoma – que, de todos os requisitos previstos no art. 1º da Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015, somente não implementa o labor por mais de dois dias por semana, motivo pelo qual não é reconhecida como empregada. A discriminação contra a trabalhadora doméstica deita raízes em numerosos fatores históricos, sociais e econômicos, motivo pelo qual esse tema deve ser revisitado constantemente pelos operadores jurídicos, bem como exige interdisciplinaridade com outros ramos do conhecimento, a exemplo da sociologia e filosofia. A celeuma quanto aos requisitos para a configuração do vínculo de emprego doméstico não é nova: na vigência da Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, sem que houvesse unanimidade, discutiu-se a respeito da exigência da “natureza contínua” das atividades. A Lei Complementar n. 150/2015 trouxe um novo parâmetro temporal no que tange à “continuidade”, com estabelecimento da exclusão do vínculo quando há trabalho até dois dias por semana. Essa disposição acarretou prejuízos à categoria discutida e não pode ser considerada legítima sob o prisma do princípio constitucional da isonomia. O movimento político, no intento de desregulamentar e flexibilizar as relações de trabalho, deu ensejo à promulgação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, por intermédio da qual foi inserido na ordem infralegal o contrato de trabalho intermitente. Muito embora seja uma figura jurídica criticável, uma vez considerada constitucional, poderá embasar uma interpretação evolutiva de modo reconhecer a existência da “empregada doméstica intermitente”.

77

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Técnico Judiciário. Assessor da Desembargadora Lília Leonor Abreu no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. cassioselau@gmail.com

2 Em razão de o estudo tratar de uma classe de trabalhadores (diaristas) composta eminentemente por mulheres, optou-se por utilizar gênero feminino como forma de referência.

Palavras-chave: História e evolução do trabalho doméstico. Desregulamentação e flexibilização das normas laborais. Lei 13.467/2017. Contrato de trabalho intermitente (*zero hour contract*). Empregada doméstica intermitente. Princípio da proteção. Juízo de convencionalidade. Interpretação evolutiva.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade de aplicação do contrato de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, às diaristas, modalidade de trabalhadora doméstica que se considera ser eventual ou dotada de autonomia.

Muito embora tenham despontado várias formas de relações de trabalho ligadas às tecnologias, tal como a *uberização*, o trabalho em plataforma, *on demand*, entre outros, não se deve olvidar das tradicionais figuras precarizadas, da exemplo da empregada doméstica, do transportador autônomo de cargas, do advogado associado, do profissional parceiro do proprietário de salão de beleza e do teletrabalhador.

A dignidade da pessoa humana, mormente após a eclosão da 2ª Guerra Mundial, deve ser vista como o objetivo maior das nações, seja nas relações internas ou externas. Ao erigir o homem como o ápice do ordenamento jurídico, há o dever ínsito, principalmente para o Direito do Trabalho, de ressignificação sistêmica e contínua dos paradigmas sociais e jurídicos vigentes, tendo em vista a necessidade de contínuo progresso na seara dos Direitos Humanos. O direito subjetivo constitucional à dignidade (OLIVEIRA, 2019, p. 267) impõe esse *munus* ao operador jurídico.

Será apresentada, inicialmente, a análise retrospectiva da relação de trabalho doméstico³, seguida da investigação do contexto político e das tendências legislativas no Direito do Trabalho. Após será perquirida a evolução (ou involução – a depender do prisma) da regulação do trabalho doméstico com enfoque na Lei n. 5.859/72 e na LC n. 150/2015,

3 A título de coerência, explica-se que o termo “trabalhadora doméstica” será considerada categoria da qual as “empregadas domésticas” e a “diaristas” fazem parte.

culminando no contrato de trabalho intermitente, categoria prevista na Lei n. 13.467/2017.

Muito embora deva ser entendido que o contrato de trabalho intermitente se estabeleceu como forma de precarização das relações de trabalho, pelo menos na forma como atualmente regulamentado, pode ser utilizado para embasar uma interpretação evolutiva a respeito do enquadramento jurídico da diarista.

A contemplação das empregadas domésticas e diaristas na mesma categoria é medida destinada a afastar a desequiparação injusta e sem embasamento técnico-jurídico, de forma que representa uma discriminação indireta. Conforme se demonstrará, o requisito da continuidade, exigido para a configuração da empregada doméstica, dever ser interpretado como a periodicidade e a previsibilidade da relação havida entre as partes.

Enfatiza-se que o presente trabalho adotará como paradigma a diarista subordinada, ou seja, aquela apenas que não contempla o requisito de labor por duas vezes na semana para o mesmo tomador dos serviços.

79

O enquadramento das empregadas domésticas e das diaristas no mesmo regime jurídico é medida possível sob o prisma do princípio constitucional da isonomia, a fim de afastar a exigência do requisito temporal expresso pela quantidade de dias na semana necessários para o reconhecimento do vínculo (art. 1º da LC n. 150/2015).

Uma interpretação com essa finalidade não é vista com “bons olhos” pelos setores conservadores da sociedade, explicado (mas não justificado) em razão das históricas raízes escravocratas do trabalho doméstico e da necessidade de manutenção do confortável *status quo* de não se arcar com as consequências jurídicas e financeiras decorrentes.

A Reforma Trabalhista⁴ inseriu nos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da CLT a figura do contrato de trabalho intermitente (conhecido como *zero hour contract* em outros países), por meio do qual a jornada é flexível

⁴ Embora majoritariamente usado o termo “reforma”, há quem prefira utilizar a designação de “contrarreforma”. Conforme José Dari Krein, (2018, p. 78) “Utiliza-se o termo contrarreforma para expressar o retrocesso na regulação social do trabalho provocado pelas mudanças institucionais aprovadas pelo governo”.

e um trabalhador pode ser convocado a prestar serviços em dias aleatórios, podendo aceitar, ou não, sem que haja a garantia de tempo mínimo de trabalho ou remuneração mensal (MIZIARA, 2019, p. 197). Há doutrina abalizada que considera essa figura controversa, pelo menos na forma como está atualmente regulamentada.

Porém, considerado o atual contexto político, com a institucionalização de linhas precarizantes e supressoras das leis trabalhistas, é possível que venha a ser reconhecida a constitucionalidade desse instituto.

Paradoxalmente, essa nova forma de contratação, embora não ideal, seria mais benéfica do que o atual *status* de exclusão social e jurídica reservado às diaristas. Essa interpretação contempla, de forma paliativa, o princípio da proteção.

2 HISTÓRICO DO TRABALHO DOMÉSTICO E CONTEXTO SOCIOECONÔMICO ATUAL

80

Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo (2013, p. 67) explicam que o trabalho doméstico, em âmbito nacional, tem origens na escravidão institucionalizada. Salientam que, atualmente, ainda persiste a cultura “senhor e escravo”⁵.

Não obstante a abolição da escravatura, os antigos escravos se mantiveram laborando nos mesmos lugares, recebendo como retribuição moradia e alimentação; alguns deles como domésticos. Não havia a mínima possibilidade de emancipação sem uma política de transição. Neste contexto, Felipe Calvet leciona que esse tipo de trabalho, “em razão dessa gênese escravocrata, sempre foi desvalorizado” (2013, p. 89).

Thays Almeida Monticelli e Marlene Tamanini (2013, p. 226)

5 A exemplificar essa assertiva, no final do ano de 2014 foi descoberto trabalho doméstico em condições análogas a de escravos em Florianópolis-SC. O Ministério Público do Trabalho averiguou a situação de quatro pessoas peruanas, com jornada diária de 15 horas, sem direito à fruição de folgas ou férias e com restrição de liberdade. (Fonte: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Peruanas mantidas em cada de alto padrão em Florianópolis conquistam liberdade e direitos trabalhistas. Sítio eletrônico: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/procuradorias/prt-florianopolis/211-peruanas-mantidas-em-casa-de-altopadrao-em-florianopolis-conquistam-liberdade-e-direitos-trabalhistas>> . Acesso em 12 de maio de 2019.

explicam que “os processos de estigmatização referem-se a diversas características de ordem social e política, pois essa categoria profissional é constituída e marcada pelas desigualdades étnicas, econômicas, de gênero e de estruturas educacionais”. Segundo as autoras, tais características perpetuam a cultura patronal de inferioridade, de modo que os direitos sejam ignorados, o que coloca esses trabalhadores em situação de servilidade e invisibilidade frente ao Estado, aos empregadores e à própria classe trabalhadora.

Dessa forma, é possível sustentar que o trabalho doméstico retribuído se estabeleceu e se difundiu de forma ampla no período posterior à abolição da escravidão. As estruturas de divisão do trabalho escravocrata foram mantidas, com homens libertos negros e brancos pobres exercendo tarefas braçais, bem como mulheres negras cuidando dos afazeres das casas.

Tamanha constatação é corroborada pelos dados estatísticos. Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA⁶, em 2015, do total de 6,2 milhões de empregados domésticos no Brasil, 5,7 milhões eram mulheres (91%), das quais 2 milhões eram brancas e 3,7 eram negras (65%). É importante salientar que esses dados representam somente contratos formais.

Três conclusões são factíveis: a) o trabalho doméstico é feito prioritariamente por mulheres; b) desse total, há quase o dobro de mulheres negras; c) o trabalhador doméstico é, majoritariamente, de baixa renda, com reduzido nível de educação formal e ínfimo acesso à instrução profissional. Some-se a esses fatores muitas vezes a condição imigrante.

Dessarte, embora as mulheres não sejam minoria em termos numéricos, ainda assim são discriminadas no mercado de trabalho, tratando-se de questão estruturalizada na sociedade brasileira. Daí concluir que se trata de grupo oprimido socialmente e que não possui as mesmas oportunidades que os homens.

O mesmo ocorre com a população de negros, pretos e pardos que, não obstante represente grupo numericamente maior em relação aos brancos, é alvo de processos discriminatórios incrustados na organização

6 http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html Acesso em 12-5-2019

social⁷. Raciocínio analógico ocorre com as pessoas pobres, marginalizadas em razão da condição econômica.

O trabalho realizado eminentemente por mulheres negras, de baixa renda, com pouca instrução e muitas vezes imigrantes, acarreta a hipervulnerabilidade da classe. Há, nesse sentido, uma sobreposição de posições sociais oprimidas (*overlapping oppressions*)⁸.

Apresenta-se imprescindível a análise dos fatos sob o prisma da interseccionalidade, a partir da qual os critérios discriminatórios não devem ser vistos de forma cartesiana, ou seja, apenas como uma soma de classificações, mas, sim, como identidades concretas e específicas, o que evita distorções e propicia melhor compreensão das relações de poder (RIOS, 2015, pp. 19 e 20).

Ricardo José Macedo de Britto Pereira destaca a importância do reconhecimento e identidade do indivíduo na sociedade. Com efeito, a identidade designaria uma espécie de compreensão do próprio ser – ou seja,

7 É ilustrativa a frase do Ministro do Supremo Tribunal Federal Roberto Barroso que, em discurso em homenagem ao também Ministro aposentado Joaquim Barbosa, se referiu a este como “negro de primeira linha”. Rodrigo Carelli (2018a, p. 49-56) esclarece que a frase em questão “não é deslocada de todo um modo de raciocínio construído, determinado e determinante das demais manifestações e julgados do Ministro”. E continua: “na linha de experimentos de Milgram, não é culpa de Barroso: ele somente reproduz a fala e o pensar da elite brasileira, que mantém a desigualdade social característica da sociedade brasileira, e todos os seus conhecidos males”. Vê-se que nem mesmo as posições de alto sucesso profissional, poder econômico e reconhecimento social socorreram o ex-ministro da estigmatização decorrente da cor de pele.

8 Christiana D’arc Damasceno Oliveira (2010, p. 98), ao se referir a Joaquín Herrera Flores, afirma que “as discriminações não atuam da mesma forma e nem com a mesma intensidade no que diz respeito às mulheres, motivo pelo qual são inapropriadas generalizações ou falar-se em desigualdade homogênea, já que há que considerar a diversidade de contextos que tornam mais contundente a opressão”. E continua: “inviável dizer que o grau de discriminação e subordinação sobre branca, com situação financeira estável, europeia, graduada em uma universidade, incide do mesmo modo que sobre uma mulher negra ou latina, pobre, imigrante e sem formação educacional. Esta tem que superar uma barreira dupla, na qual, além da questão de gênero, jungem-se aspectos relacionados às suas próprias condições sociais, culturais e econômicas”. E finaliza: “é o que Herrera Flores denomina de ‘dimensões superpostas de opressão’ ou *overlapping oppressions* (...)”. Exemplo atual de tal fenômeno é o impacto mais contundente que a Reforma da Previdência tem o condão de causar às mulheres negras rurais, conforme análise realizada pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), in <http://www.cfemea.org.br/index.php/alerta-feminista/4618-reforma-da-previdencia-aprofunda-desigualdades-entre-homens-e-mulhere>, acesso em 15-5-2019.

a projeção da imagem que ele tem de si perante a própria sociedade. Essa identidade estaria definida de modo parcial pelo próprio reconhecimento ou pela sua ausência. É nesse sentido que o mau reconhecimento (*misrecognition*) teria o condão de gerar severos danos ao indivíduo no caso de a sociedade devolver a ele, como reflexo, uma imagem diminuída, degradada ou depreciada, constituindo forma de opressão (2016, pp. 83-84).

O mesmo autor salienta que a integridade do ser humano se deve a padrões de reconhecimento e que a ofensa ou o rebaixamento se referem à forma de recusa do reconhecimento. Nessa toada, conclui-se que a negativa de certos direitos está associada ao fato de que ao indivíduo não é concedida imputabilidade moral de igual forma em relação aos outros membros da sociedade. Tal fato não ficaria adstrito à ocorrência da limitação da autonomia pessoal, mas, também, ao sentimento de não pertencimento ao mesmo *status* de um de seus pares. Há lesão de ordem intersubjetiva, perda de autorrespeito e de capacidade de autorreferência em relação ao meio social (2016, p. 84).

Em outras palavras, o não reconhecimento de direitos acarreta a exclusão social e essa faz com que o próprio indivíduo oprimido não se reconheça legitimamente pertencente ao seu meio. Trata-se da reprodução de padrões de exclusão discriminatórios.

O princípio da proteção tem incidência no Direito do Trabalho, mormente em razão da existência do conflito capital-trabalho. Nesse jaez, José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2018, p. 21) explica que o patrão sempre terá o ânimo de aumentar a exploração dos seus empregados, o que, por si só, não representa necessariamente baixos salários, desde que o trabalhador proporcione lucro maior que o seu próprio custo. O empregado, assim, é visto sempre como fonte de despesas.

O âmbito doméstico das relações laborais, todavia, não é animado pelo lucro, mas isso não afasta a superexploração ou as condições de subemprego ou informalidade. Sucede que o empregador tenderá a precarizar as condições de trabalho para manter o seu *status quo*. Exemplo disso é o empresário que superexplora empregados em uma fábrica e contrata uma

empregada doméstica sem assinar a sua Carteira de Trabalho⁹.

Os citados antecedentes fizeram com que o trabalho doméstico fosse marginalizado. A própria CLT dispõe, no seu art. 7º, alínea “a”, que as normas estabelecidas nesse diploma não seriam aplicáveis aos empregados domésticos.

Em termos de regulamentação, o Decreto-lei n. 3.078/41 foi o primeiro diploma específico em âmbito nacional, todavia demasiado lacônico. Somente por meio da Lei n. 5.859/72 houve normatização ampla e exaustiva, mas, ainda assim, aquém do reconhecido aos demais empregados. A Emenda Constitucional n. 72 de 2013 promoveu grande passo em matéria de reconhecimento de direitos, todavia não houve equiparação efetiva aos demais empregados.

Por fim, a LC n. 150/2015, ao regulamentar a EC 72/2013, trouxe maior densidade normativa a essa categoria, mas, ainda, não se mostrou ideal sob o enfoque constitucional, conforme será oportunamente demonstrado.

84

É possível identificar que sempre houve um “mas” na história da legislação das domésticas, como se os direitos fossem reconhecidos a contagotas.

Tecido o panorama histórico e normativo do trabalho doméstico, urge salientar a atual tendência política em matéria de Direito do Trabalho.

É cediço que cabe ao Congresso Nacional, por meio de lei federal, a edição de normas sobre a matéria (art. 22, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). A tendência hodierna quanto ao universo juslaboral é de retrocesso, sopesada a natureza pendular desse ramo jurídico e das questões sociais em geral, que sofrem influxos decorrentes das crises econômicas.

Com efeito, tem-se verificada a incidência recorrente das figuras da desregulamentação e da flexibilização das normas laborais. A primeira

⁹ É salutar refletir que quando um indivíduo da classe opressora, neste caso específico o empregador doméstico, adota padrão de conduta desviado do que é visto na sua classe, acaba por ser hostilizado e excluído dos círculos sociais. A título exemplificativo, aponta-se o filme *Histórias Cruzadas*, de Tate Taylor, que retrata o tratamento dispensado às empregadas domésticas negras do Mississipi, na década de 60.

se refere à “adaptação ou ajustamento de condições de trabalho ou normas laborais, por via autônoma ou heterônoma”, e que pode se dar *in melius* – para ampliar e otimizar direitos – ou *in pejus* – no que tange ao despojamento de direitos. A segunda figura concerne à “supressão de direitos antes previstos em sede normativa, que acarreta estado de anomia quanto à matéria” (OLIVEIRA, 2010, p. 147).

No decorrer da normatização trabalhista pátria é possível identificar ambas hipóteses precarizantes. À guisa de exemplo, cita-se a Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007, por meio da qual foi criada a figura do Transportador Autônomo de Cargas (TAC), que, conforme art. 2º, inc. I, poderá prestar seus serviços com exclusividade para determinada empresa, sendo então denominado TAC-agregado. Trata-se de artifício legislativo para desobrigar as empresas de transporte a reconhecerem o vínculo de emprego de tais trabalhadores¹⁰.

No mesmo sentido versa a Lei n. 13.352, de 27 de outubro de 2016, ao criar a possibilidade de estabelecimento de contrato de parceria entre o proprietário do salão de beleza e os profissionais que ali trabalham, tais como cabeleireiros, barbeiros, esteticistas, manicures, pedicures, depiladores e maquiadores. De igual forma acontece com a contratação de advogados como “associados” pelos escritórios de advocacia¹¹.

O exemplo mais recente se trata da Reforma Trabalhista, aprovada às pressas e sem discussão com a sociedade. A Lei n. 13.467/2017, no art. 442-B da CLT, criou a figura do trabalhador autônomo exclusivo, em descompasso com os princípios protetivos reinantes no Direito do

10 Sobre a questão, sugere-se a análise feita por Rodrigo Carelli (2018b, pp. 135-142), que diseca a decisão liminar monocrática proferida na ADC n. 48, ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) em face da Lei n. 11.442/2007.

11 Com clareza solar, Cássio Casagrande (2018, p. 143-147) explica que “essa figura jurídica (advogado associado) não consta da Lei n. 8.906/94, tendo sido criada por autorização desta (art. 54, inc. V) no Regulamento Geral da OAB, que em seu art. 39 estabeleceu a possibilidade de associação para participação no resultado, ‘sem vínculo de emprego’”. E continua: “obviamente que este dispositivo não tem eficácia para afastar, por si só, a possibilidade de reconhecimento de existência de trabalho subordinado, até porque não pode um ‘regulamento’ de uma entidade paraestatal legislar sobre Direito do Trabalho, sob pena de usurpar a competência de Poder Legislativo federal na matéria”.

Trabalho¹².

O art. 611-A, de outro turno, introduziu a figura do negociado sobre o legislado, que, embora obstado por normas protetivas de matriz constitucional e internacional, pretendeu flexibilizar de forma irresponsável questões concernentes a direitos fundamentais dos trabalhadores, como a saúde e a segurança.

Ainda, é possível citar o contrato de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da CLT, que permite a adoção de jornada flexível. Esse instrumento foi duramente criticado pela doutrina, porque em descompasso com as normas internacionais, constitucionais, legais e infralegais de proteção do trabalhador.

Considerado o contexto de crise econômica e desemprego, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, buscando explicar a tendência desregulamentadora e flexibilizadora, aduz que “o pior de tudo é que a falta de trabalho acaba gerando o discurso de que é necessário reduzir as condições de trabalho existentes para acolher os trabalhadores excluídos do mercado, em lógica que somente favorece a concentração de riqueza e o alargamento das desigualdades” (BRITO FILHO, 2018, p. 52). Essas justificativas foram utilizadas em larga escala na gênese da Reforma Trabalhista.

Malgrado a conjuntura atual não seja favorável à classe trabalhadora, será apresentada possibilidade interpretativa paliativa voltada a assegurar uma posição jurídica mais favorável às diaristas.

12 “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3 desta Consolidação”. Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior (2017, p. 35-40) explicam que a mesma técnica já havia sido utilizada no art. 442 da CLT, introduzido pela Lei n. 8.949/94, sobre o cooperado. Neste caso aplica-se o princípio da primazia da realidade, incidindo, ainda, o art. 9º da CLT. Homero Mateus Batista da Silva (2017a, p. 68) salienta que “a única forma de interpretar semelhante dispositivo [art. 442, p. único] – como agora renasce sob a forma do art. 442-B – é dizer que ‘não haverá relação de emprego, salvo se houver relação de emprego’. Ou seja, o art. 442-B dispõe de mera presunção relativa”.

3 O PARADIGMA VIGENTE ANTES DA LEI N. 13.467/2017

3.1 A distinção entre as formas de prestação do trabalho doméstico: empregadas *versus* diaristas

O art. 3º da CLT estabelece como requisito do vínculo de emprego a não eventualidade. Esse requisito pode ser explicado por, no mínimo, quatro teorias, a saber: a) continuidade dos serviços: necessária para a configuração do vínculo doméstico; b) teoria do evento: aquele que não pode ser tido como previsível; c) teoria da inserção nos fins do empreendimento: é o cumprimento das tarefas ordinárias do tomador; e d) teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços: é o desempenho de forma repetida e previsível.

Maurício Godinho Delgado (2012, pp. 288-298) esclarece que a teoria da descontinuidade informa que o trabalho eventual seria aquele descontínuo, fracionado no tempo, sem caráter de fluidez temporal sistemática, ou seja, com rupturas e espaçamento temporais de relevância. A considerar que a teoria da continuidade/descontinuidade não foi encampada pela CLT, é factível que o trabalhador que preste serviços somente por alguns meses, em finais de semana, ou aos domingos, não poderia ser enquadrado como eventual, motivo que justifica o seu reconhecimento como empregado.

De outro prisma, na vigência da Lei n. 5.859/1972, empregada doméstica era aquela com atividade “de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas” (art. 1º).

É possível verificar que, além dos elementos fático-jurídicos ordinários, a empregada doméstica deveria contar com outros especiais, quais sejam: continuidade, finalidade não lucrativa, apropriação dos serviços por pessoa física ou família e efetuação dos serviços em âmbito residencial (DELGADO, 2012, p. 369).

Os maiores dissensos quanto à interpretação dessa norma residiam no elemento “continuidade”, relegando-se a sua configuração, ou não, para a análise do caso concreto.

Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr., “é hoje um postulado universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou

seja, toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação” (1994, p. 264). Assim, o art. 1º da Lei n. 5.859/72 era passível de aplicação casuística e conforme a corrente doutrinária adotada pelo operador jurídico.

Surgiram duas correntes a respeito da temática. A primeira entendia as locuções “não eventual” e “contínua” como sinônimos (DELGADO, 2012, p. 372).

A segunda corrente defendia que a norma em questão fez uma opção doutrinária, “firmando o conceito de trabalhador eventual doméstico em conformidade com a teoria da descontinuidade”. Dessa forma, o elemento da “não eventualidade”, na relação de emprego doméstica, deveria ser entendido como “efetiva continuidade” (DELGADO, 2012, p. 373).

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1975, p. 195) reputa a “continuidade” referida pela Lei do Emprego Doméstico [Lei n. 5.589/72] exigência mais rigorosa que a “não eventualidade”.

Por outro lado, Octavio Bueno Magano (1993, p. 125) salienta que, em termos doutrinários, não haveria justificação para diferenciar a continuidade inerente ao contrato de emprego comum daquela que se observa no contrato doméstico. O autor assere que “os serviços podem ser prestados em forma contínua e ininterrupta ou em forma periódica; uma vez por semana, três vezes por semana, uma vez a cada quinze dias, etc.”, bem como que “a lavadeira que presta serviços uma vez por semana, não sendo trabalhadora eventual, deve ser tida como empregada doméstica”.

Em igual viés, Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo (2013, p. 63) lecionam que a continuidade “diz respeito efetivamente (como expresso na lei) à natureza do serviço, e não ao número de dias em que ele é prestado”.

A jurisprudência oscilava de forma ampla quanto a esse requisito. Urge salientar julgado com rigorismo extremado:

RECURSO DE REVISTA - DIARISTA - RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NÃO CONFIGURADO. A prestação de serviços em residência durante três ou quatro vezes por semana, porque não contínua, é insuficiente para configurar relação de emprego doméstico, nos moldes preconizados na Lei n.º 5.859/72. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-

RR-2300-89.2002.5.01.0040, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1.^a Turma, DEJT 18/6/2010.)

Conforme se denota do caso antes mencionado, mesmo o labor em quatro dias da semana não seria suficiente para que fosse reconhecida a “continuidade” legalmente exigida.

Por outro lado, distinguindo a dimensão quantitativa de “continuidade” (elemento temporal) da dimensão qualitativa (inserção das atividades na rotina familiar), o Desembargador convocado Cláudio Armando Couce de Menezes, atuando no Tribunal Superior do Trabalho, deu tratamento diferente à matéria, conforme a seguir registrado:

(...). RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADA DOMÉSTICA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CARACTERIZAÇÃO. Admitida a prestação de serviços, é da reclamada o ônus de provar que ela não ocorria sob a égide da Lei 5.859/72, competindo ao tomador afastar algum ou alguns dos elementos constitutivos da relação de emprego, previstos na referida lei, especialmente a ausência de continuidade na prestação de serviços. Todavia, diante do teor das provas consignadas no v. acórdão, tenho que a reclamada não se desincumbiu do ônus de demonstrar a inexistência do vínculo empregatício doméstico, sendo certo que o fato de a reclamante trabalhar três dias por semana evidencia o elemento da continuidade na prestação dos serviços, uma vez que as tarefas cumpridas pela autora integravam a rotina semanal da residência, reforçando a continuidade existente na relação. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST-RR-1557-15.2011.5.02.0015 Relator Desembargador Convocado: Cláudio Armando Couce de Menezes, 2^a Turma, DEJT 31/03/2015.)

89

Essa mesma linha de raciocínio foi perfilhada pelo Desembargador José Felipe Ledur:

VÍNCULO DE EMPREGO. DIARISTA. A periodicidade reconhecida nos serviços de faxina caracteriza continuidade na prestação dos serviços. Mesmo que o trabalho tenha sido prestado de forma intermitente, as segundas-feiras e sextas-feiras, esse fator não descaracteriza a habitualidade. Presentes os demais requisitos contidos na relação de emprego. Vínculo reconhecido. Recurso a que se dá provimento. (TRT4-RO-0128900-39.2003.5.04.0008, Data: 17/03/2005, Órgão julgador: 1a. Turma, Redator: José Felipe Ledur)

De acordo com o julgado, a continuidade deveria ser analisada sob o prisma da periodicidade dos serviços de modo que, mesmo à trabalhadora em atividades intermitentes, seria devido o reconhecimento do vínculo de emprego¹³.

Homero Batista Mateus da Silva (2017b, pp. 103 e 106) esclarece que, quando se trata do requisito habitualidade, “expectativa é a palavra-chave”. E continua com o exemplo de que “um trabalho prestado toda segunda-feira das 13h00 às 17h00 é suficiente para configurar uma relação de emprego”.

O citado autor ainda aponta os exemplos do médico plantonista que comparece um dia por semana no hospital ou o caso do professor que leciona apenas quatro aulas de 50 minutos por semana. Ao arremate, critica: “não há fundamento jurídico para negar o contrato de trabalho a uma diarista que se ative um, dois, três ou quatro dias por semana, repita-se, embora essa frase pareça um crime de lesa-majestade” (2017b, p. 107).

90

Porém, em 2015 foi promulgada a LC n. 150/2015, a qual revogou a Lei n. 5859/72 e passou a dispor sobre o contrato de trabalho doméstico. No seu art. 1º estabeleceu que empregado doméstico é “considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”.

Portanto, ficou expresso que o labor em três dias ou mais é o ponto fulcral para a definição do vínculo de emprego doméstico.

A alteração legislativa ceifou qualquer tentativa jurisprudencial de estabelecimento do vínculo de emprego a partir de critérios que alinhavam a continuidade à periodicidade, à previsibilidade e à sistematicidade da prestação de serviços.

A partir da interpretação estrita do dispositivo em questão, a trabalhadora que comparecer rigorosamente nas segundas e quartas-feiras,

13 Extrai-se da lição de Maurício Godinho Delgado (2012, p. 290) sobre o tema: “A eventualidade, para fins celetistas, não traduz intermitência; só o traduz para a teoria da descontinuidade - rejeitada, porém, pela CLT. Desse modo, se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade. É que a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana”.

durante 20 anos, não poderá ser reconhecida como empregada, mas mera prestadora de serviços ou autônoma (diarista).

Tão absurdo quanto esse exemplo é a distinção operada entre um trabalhador em jornada de oito horas diárias durante dois dias por semana em cotejo a um que labore três dias por semana por meras quatro horas.

Esse engessamento tornou quase impossível a evolução jurisprudencial até então em desenvolvimento com base na lei revogada.

É irrefutável a existência de uma desequiparação entre os trabalhadores pessoas físicas que, com onerosidade, pessoalidade, subordinação, em âmbito familiar ou residencial, sem finalidade lucrativa, prestam serviços por até duas vezes por semana e os que laboram a partir de três vezes. Necessário, portanto, perquirir a respeito desse *discrímen*.

A respeito das normas que determinam tratamento desigual, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, pp. 47-48) que o preceito da isonomia estará violado nas seguintes hipóteses:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar fator “tempo” - que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

O jurista destaca que eventual discriminação somente será admitida quando existir “um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade

diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. A partir dos parâmetros anteriores, verifica-se a transgressão das regras III e IV pelo art. 1º da LC n. 150/2015.

Quanto à regra III, significa que a juridicidade da norma diferenciadora é reconhecida se há congruência entre a distinção de regimes e a desigualdade de situações. A investigação reside em definir se os fatores desequiparados possuem justificativa racional ou, ao contrário, se são gratuitos ou fortuitos (MELLO, 2011, pp. 38-39). No caso analisado, a mera prestação de serviços por até dois dias por semana não possui adequação racional com a exclusão do vínculo de emprego às diaristas.

92 Alusivamente à pertinência constitucional (regra IV), não será qualquer diferenciação, ainda que lógica e explicável, que será suficiente à discriminação legal. Exige-se que “o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente” (MELLO, 2011, p. 42). A proteção jurídica das diaristas - direito social diretamente conexo com a dignidade da pessoa humana - possui maior preponderância do que as consequências pecuniárias que o vínculo de emprego acarretará ao empregador, o que denota violação à isonomia.

Em suma, entre trabalhadores que prestam serviços com periodicidade, previsibilidade e sistematicidade, a diferenciação do reconhecimento do vínculo de emprego pelo fator temporal “número de dias na semana” não se mostra elemento válido de justificação, por violar o princípio da igualdade.

Ademais, as peculiaridades do empregador doméstico – em geral, entidade familiar ou pessoa física - não podem servir de fundamento para a diferenciação objeto de análise, porque não resultam de situação concernente ao trabalhador em si, bem como não respaldam a necessária pertinência constitucional.

Nessa toada, oportuno fazer referência à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact theory*), a qual está correlacionada à discriminação indireta. Leciona Daniel Sarmiento (2014, p. 148) que tal postulado pode ser utilizado para “impugnar medidas públicas ou privadas

aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para frações da sociedade estigmatizadas”¹⁴.

A propósito, também há violação ao postulado da proporcionalidade - decorrente dos princípios da liberdade e igualdade -, porque “as posições jurídicas têm de ser exercidas de forma proporcional e razoável dentro do Estado Constitucional” (SARLET, pp. 798-799), o que ora não se verifica. A diferenciação em detrimento das diaristas anula o núcleo essencial do direito em questão (vínculo de emprego).

Não há fundamento técnico e jurídico para tamanha diferenciação, senão a pretensa manutenção de uma sociedade estruturalmente patriarcal, machista e racista, bem como o resguardo do *status quo* das classes economicamente mais abastadas (empregadores domésticos), em nítida manifestação corporativista.

A CRFB/88, no art. 7º, *caput* e inc. I, protege e enaltece a relação de emprego e em nenhum momento dispõe sobre a limitação do âmbito de incidência desse direito, motivo pelo qual ao legislador infraconstitucional não era autorizado a fazê-lo.

A Carta Marga protege tanto o vínculo de emprego - com presunção de existência - e os direitos dele decorrentes (proteção do salário, descansos, limitação de jornada, férias, etc) quanto o desemprego involuntário (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, Programa seguro-desemprego, aviso-prévio proporcional), sem olvidar, ainda, da extensa cobertura previdenciária.

A negativa do plexo normativo juslaboral às diaristas não merece prevalecer.

No entanto, é possível vislumbrar a possibilidade de evolução em termos de reconhecimento de proteção jurídica e, conseqüentemente, de dignidade aos diaristas.

14 Daniel Sarmento (2014, pp. 148-149) ainda diferencia a Teoria do Impacto Desproporcional da discriminação de *facto*. Essa é calcada em norma isonômica, porém aplicada concretamente de forma desigual; na Teoria do Impacto Desproporcional ou discriminação indireta se tem uma norma cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável.

3.2 A empregada doméstica intermitente

A Lei n. 13.467/2017 inseriu no ordenamento jurídico a figura do contrato de trabalho intermitente (arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da CLT).

Dispõe o § 3º do art. 443 que se considera 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”.

Noutros dizeres, ficou estabelecido que, mesmo nos casos de intermitência da prestação dos serviços e com jornada flexível, deverá ser reconhecido o vínculo de emprego, que encerra matéria de ordem pública, plasmado como genuíno direito de personalidade específico do trabalhador. Portanto, é reflexo da dignidade da pessoa humana e incidente nas relações entre particulares por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

94

Nesse caso, o § 6º do art. 452-A da CLT estabelece que, ao final de cada período de prestação de serviços, o empregado terá direito às seguintes parcelas: a) remuneração; b) férias proporcionais com acréscimo de um terço; c) décimo terceiro salário proporcional; d) repouso semanal remunerado; e) adicionais legais.

Ainda, conforme os §§ 8º e 9º daquele dispositivo, caberá ao empregador efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias e de FGTS, com base nos valores mensalmente pagos; ainda, o empregado terá direito a usufruir de um mês de férias a cada doze meses.

A figura do contrato intermitente não está ileso a críticas. Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior (2017, p. 69) destacam que há transferência ao empregado dos riscos da atividade e exige que se tenham quatro ou cinco vínculos, criando a ilusão da multiplicação dos postos de trabalho, sem acarretar real aumento ao número de empregados. Para ser considerada constitucional, com fundamento no art. 7º, inciso VII, da CRFB/88, seria necessário condicionar a validade à garantia de quantidade mínima de dias laborados, correspondente ao salário mínimo ou, ainda, garantir o seu pagamento independentemente da quantidade de trabalho

prestada¹⁵.

Porém, os indigitados autores são assertivos: “com a figura do trabalho intermitente, fica excluída a possibilidade de negação do vínculo de emprego no trabalho da denominada diarista” (2017, p. 172).

A utilização do contrato intermitente para as diaristas que laboram com subordinação e previsibilidade proporciona maior proteção jurídica e social.

Tal evolução não se trata de fato isolado. Cita-se, como exemplo, o desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil no caso de doença ocupacional. Inicialmente havia previsão expressa excluindo a responsabilidade (Decreto n. 24.637/1934); o Decreto-Lei n. 7.036/1944 passou a prever a responsabilidade no caso de dolo; o Supremo Tribunal Federal avançou e passou a estabelecer a hipótese de culpa grave do empregador; a CRFB/1988 consignou tanto o dolo como a culpa, sem gradação quanto ao grau da última; atualmente se vivencia a tendência de adoção da responsabilidade objetiva no caso de atividade de risco, com fundamento no art. 927, parágrafo único, do Código Civil (OLIVEIRA, 2019, pp. 84-88/162/248-249).

95

O ramo juslaboral é diversificado quanto à densificação normativa, possuindo incidência de diplomas normativos de diversas naturezas. Para que se possa compreender essa dinâmica complexa, não se deve falar estritamente em hierarquia de diplomas normativos – lei em sentido material –, mas, sim, em hierarquia de normas jurídicas, o que inclui as autônomas e heterônomas, sendo certo que o critério informador do sistema trabalhista é o da norma mais favorável, de característica plástica e flexível e natureza sobretudo teleológica. Logo, o aparente conflito de normas deverá ser resolvido de modo a prevalecerem a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica (GODINHO, 2017, pp. 165 e 193).

15 Homero Batista Mateus da Silva (2017a, p. 73) vê um lado positivo nessa alteração, no sentido de que “o art. 3º sedimentou as bases para o conteúdo da habitualidade – aquilo que se repete, de maneira razoavelmente esperada. Com efeito, repetição esperada não significa repetição cotidiana. Neste sentido, merece elogio a reforma de 2017, que, por vias indiretas, pretende albergar no direito do trabalho as atividades repetitivas não cotidianas”.

Nessa seara há sujeição ao mesmo processo hermenêutico imperante em qualquer outro ramo jurídico; no entanto, o intérprete deve agregar o enfoque valorativo da jurisprudência axiológica, donde se extrai a prevalência dos valores e princípios essenciais do Direito do Trabalho. Logo, dentro de uma análise constitucional, sustenta-se que tem sido insuficientemente utilizado o critério da interpretação normativa em conformidade com a Constituição, o qual, por sua vez, “evita equações às vezes excessivamente formais, rigorosas, excludentes e maniqueístas das dualidades inconstitucionalidade/constitucionalidade, revogação/recepção, em benefício de uma linha interpretativa agregadora dos comandos impostos pela Constituição” (GODINHO, 2017, p. 253).

Outrossim, deve ser priorizado o critério combinado lógico-sistemático e teleológico, com vistas a utilizar o direito como um instrumento civilizatório no âmbito do constitucionalismo humanista e social (GODINHO, 2017, p. 300).

96

A prevalecer a constitucionalidade do art. 1º da LC n. 150/2015, no ponto que exige o requisito temporal, a fim de definir uma interpretação evolutiva na temática sobre o diarista, sugere-se que, combinando-se os requisitos previstos no citado dispositivo com a forma especial de contrato intermitente, sejam definidas as seguintes formas de trabalho doméstico:

- a) empregada doméstica: a trabalhadora que presta seus serviços por mais de duas vezes por semana (art. 1º da LC n. 150/2014);
- b) empregada doméstica intermitente: aquela que, com labor por até duas vezes por semana, reúne todos os demais requisitos previstos no art. 1º da LC n. 150/2015;
- c) trabalhadora doméstica autônoma: dotada de eventualidade (ausência de expectativa, previsão ou periodicidade) e/ou ausência dos demais requisitos previstos no art. 1º da LC n. 150/2015.

O patamar civilizatório mínimo é assegurado, no mínimo, por meio de três grupo de normas fundamentais que justificam essa hipótese, quais sejam: constitucionais, internacionais e federais (DELGADO, 2018, p. 223), as duas primeiras a seguir delineadas.

4 A INCIDÊNCIA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS

4.1 Normatização constitucional

O art. 1º da Lei n. 150/2015, frente à disposição dos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da CLT, impõe um injustificado peso social às diaristas que laboram até duas vezes por semana.

Quando se considera a composição dessa classe de trabalhadoras, formada majoritariamente por mulheres negras, pretas e pardas, de baixa renda, com níveis precários de instrução e imigrantes, conclui incidir ônus desproporcional estabelecido infralegalmente que não encontra eco na CRFB/88.

A Carta Maior, afinada com a construção de um constitucionalismo humanista e social, estabelece como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incs. III e IV), com o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização, de reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como de promover o bem de todos, sem quaisquer tipos de preconceito ou discriminação (art. 3º, incs. I e III e IV). Ademais, elege a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais (art. 4º). O art. 5º, *caput*, por sua vez, cristaliza o princípio da isonomia.

Especificamente no que concerne ao Direito do Trabalho, o art. 7º, *caput*, respalda a garantia da progressividade em matéria de direitos sociais, bem como o seu inc. I dispõe sobre a presunção de existência da relação de emprego.

O parágrafo único do art. 7º indica os direitos reconhecidos aos empregados em geral que são aplicáveis aos domésticos, tal como salário mínimo, irredutibilidade de salário, décimo terceiro salário, limite de jornada, entre outros; ou seja, parte-se do pressuposto, pois, de que haverá o vínculo de emprego.

Em nenhum momento a Constituição estabelece diferenciação dos trabalhadores domésticos relativamente à frequência de prestação dos

serviços, motivo pelo qual o legislador infraconstitucional não deveria tê-lo feito.

É cediça a lição segundo a qual as leis devem ser lidas conforme a constituição, e não o contrário. O Ministro Carlos Veloso, no julgamento do RE 396.386-4/SP, adverte que “se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição, já que esta é pressuposto de validade da eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado”¹⁶.

O art. 193 da CRFB/88, a seu turno, define que a ordem social deverá ser baseada no primado do trabalho, além de possuir como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Com efeito, todos os preceitos citados colocam o homem no ápice do ordenamento jurídico e a distinção plasmada no art. 1º da LC n. 150/2015 destoa desse paradigma.

Outrossim, com base no § 1º do art. 5º da CRFB/88, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, bem como é certo que os direitos adotados em patamar constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou de tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

O caráter protecionista e humanista também possui sólida construção normativa internacional.

4.2 Normatização internacional

Os diplomas internacionais propiciam um conjunto de ferramentas normativas com a finalidade de firmar o paradigma do trabalho digno e a proteção dos trabalhadores contra qualquer tipo de sujeição, possibilitando até mesmo a referência a uma Carta Internacional dos Direitos Humanos Trabalhistas (DELGADO, 2018, p. 226).

16 RE 396.386/SP. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732>. Acesso em 20-5-2019. Neste precedente foi reconhecida a não recepção da Lei de Imprensa, a qual estabelecia limitações quando à reparação por dano moral. Anota-se que este mesmo raciocínio é aplicável quanto à tarifação/tabelamento do dano moral estabelecido no art. 223-G, § 1º, da CLT, com redação conferida pela Lei n. 13.467/2017.

Tendo em vista a possibilidade concreta de submissão das leis ao juízo de convencionalidade, é cabível discorrer sobre as normas internacionais que respaldam a conclusão deste trabalho. Assim, mostra-se apropriado falar, outrossim, no Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁷.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência multilateral especializada na temática do trabalho, estabelece, na sua Constituição, que não pode haver paz mundial duradoura sem justiça social.

Da Declaração de Filadélfia (Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho) de 1944, diploma que possui a finalidade de reafirmar o compromisso com os objetivos fundamentais da OIT, extrai-se o princípio do Direito Internacional do Trabalho segundo o qual “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”.

O ano de 1948 ficou marcado na história do Direito Internacional, em razão da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), traduzida por mais de 500 idiomas, e que dispõe no art. XXIII que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra desemprego”.

A DUDH, conjuntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), seus dois protocolos adicionais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e seu protocolo opcional, formam a denominada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

O PIDESC, de 1966, consigna a necessidade de se assegurar o “direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis” (art. 7º), bem como a necessidade de o Estado adotar medidas para assegurar,

17 Conforme referem Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2018, p. 228), existe um “Direito Internacional dos Direitos Humanos que interage continuamente com a ordem jurídica interna dos Estados, inclusive a constitucional, sendo que, ‘na hipótese de eventual conflito entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da *prevalência à norma mais favorável à vítima*”.

“principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis” e “progressivamente, por todos os meios apropriados” tais direitos.

A ampla e complexa rede de proteção dos direitos humanos - nos quais se incluem os direitos sociais e laborais - conta, ademais, com normas internacionais de âmbito regional.

Em Bogotá, em 1948, na mesma oportunidade em que foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), houve a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), que estabelece que “toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas” (art. XIV).

A densidade da proteção da dignidade da pessoa humana, principalmente na qualidade de trabalhador, tornou-se cada vez mais densa, de forma que as nações tomaram verdadeira consciência da importância do ser humano, tanto no direito interno quanto no internacional, mormente de forma progressiva.

Neste sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, no art. 26, positivou o princípio de que os Estados devem se esforçar para “conseguir progressivamente a plena efetividade” dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais. O protocolo adicional a esse tratado, datado de 1988 e conhecido como Protocolo de San Salvador, reforçou a necessidade de garantia de “condições justas, equitativas e satisfatórias” de trabalho (art. 7°).

A seu turno, a Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 2000, no capítulo V, tópico 25 expõe a preocupação em aumentar a capacidade de aplicação dos princípios e práticas democráticas e o respeito aos direitos humanos, incluindo as minorias, bem como em acabar com atos de racismo e xenofobia, garantindo maior tolerância em todas as sociedades.

A Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 2015, impõe a necessidade de formulação de políticas ativas de trabalho decente (art. 2.1.a), bem assim o respeito, difusão e aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho (art. 2.1.d). Ademais, no art. 4.1, fixa a necessidade de garantir, conforme a legislação vigente e práticas nacionais, a

igualdade efetiva de direitos, o tratamento, e as oportunidades no emprego, sem distinção ou exclusão.

Todas as normas citadas primam pelo estabelecimento de um paradigma progressivo de trabalho decente e justiça social, ou seja, condições que propiciem aos indivíduos plena inserção na sociedade, com garantia de cidadania e autonomia na condução do seu futuro, sem discriminações infundadas.

Especificamente quanto às domésticas, a Convenção n. 189 da OIT, de 2011, considera “trabalho doméstico” também aquele realizado para vários domicílios (art. 1º, “a”), esclarecendo que o indivíduo que presta trabalho ocasional ou esporádico, sem que seja sua profissão, não será considerado trabalhador doméstico (art. 1º, c). O art. 2º estipula que os membros poderão excluir integral ou parcialmente do seu âmbito de aplicação “a) categorias de trabalhadores beneficiados por outro tipo de proteção, no mínimo equivalente” e “b) categorias limitadas de trabalhadores em razão de problemas especiais de natureza substantiva que possam surgir”.

Não é possível vislumbrar a ocorrência, no Brasil, das excludentes arroladas no citado art. 2º. Realçada a necessidade de garantir condições dignas a esses trabalhadores, essa norma consignou que os membros signatários deverão adotar medidas para “promoção e proteção efetivas dos direitos humanos”, “promover e tornar realidade os princípios e direitos fundamentais no trabalho”, mormente a “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (art. 3.1, 3.2.c e 6), de forma que tais preceitos sejam aplicados progressivamente (art. 13.2).

A necessidade de aplicação progressiva das normas protetivas dos direitos humanos corrobora a figura da empregada doméstica intermitente.

Diretrizes similares são encontradas nas recomendações da OIT. Embora essa espécie não esteja sujeita à ratificação e não crie direitos e obrigações - apenas sugerindo diretrizes - são aprovadas pelo mesmo quórum das convenções e têm a finalidade de complementá-las, antecedendo muitas vezes a própria legislação interna (NETO, 2018, p. 259)¹⁸.

18 A respeito, destaca-se o Enunciado n. 3 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho: “3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS. I –

A Recomendação n. 198 da OIT, que visa estabelecer critérios de proteção da relação de trabalho, indica que as políticas nacionais devem “prover orientação às partes envolvidas, em particular empregadores e trabalhadores, em estabelecer efetivamente a existência de uma relação de trabalho e na distinção entre empregador e trabalhador autônomo” (I.4.a). Dispõe, ademais, que a relação de emprego deverá ser guiada “primeiramente pelos fatos relacionados com o tipo de trabalho e a remuneração do trabalhador” (II.9) e, ainda, construir “medidas efetivas que visam remover iniciativas a disfarçar uma relação de trabalho” (I.17).

A necessidade de alterar a legislação interna ou de conferir interpretação evolutiva para a categoria dos trabalhadores domésticos é corolário dos preceitos estampados nesta recomendação.

Na esteira do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não é possível afastar a finalidade de garantir condições justas e equânimes aos trabalhadores, de modo que devem ser condenadas as discriminações vedadas no plano internacional (além do constitucional), por força dos compromissos assumidos pelo Estado, bem como pela necessidade de submeter a legislação ordinária ao filtro de convencionalidade; salientando-se que a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil é superior à legislação ordinária¹⁹.

FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como Fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria. II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica”.

19 Longe do objetivo de discutir a respeito da controvérsia concernente à eficácia interna das normas de direito internacional incorporadas pelo Brasil, anota-se que o atual entendimento do STF é conferir *status* de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CRFB/88; aos demais tratados de direitos humanos é garantida eficácia supralegal (NETO, 2017, pp. 270-273).

Diante dessa explanação, constata-se a necessidade de romper com as amarras em teses inexistentes desde 1888, quando promulgada a Lei Áurea - dever que toca toda a sociedade, sem exceções. Assim, ao Estado, por todos os seus Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo), bem como à própria sociedade, há obrigação de reconhecer às trabalhadoras domésticas sua posição social e jurídica adequada.

O enquadramento da diarista com periodicidade e previsibilidade como empregada intermitente se torna factível, porque informado pelas normas internacionais, pelo critério interpretativo lógico-sistemático e teleológico. Trata-se de categoria intermediária, situada entre a empregada e a trabalhadora autônoma, a quem se reconhece nível de proteção social mínima.

5 CONCLUSÃO

As premissas delineadas no decorrer deste estudo permitem a utilização do contrato de trabalho intermitente para a trabalhadora doméstica que labore até dois dias na semana para o mesmo tomador, desde que haja previsibilidade e periodicidade na prestação dos serviços.

Não obstante o contrato intermitente, como atualmente regulamentado, represente um retrocesso em termos de garantias sociais, para as diaristas pode garantir um nível de dignidade maior.

A normatização das relações laborais dever ser compatível com a construção do paradigma do trabalho decente, em homenagem ao princípio da proteção, de forma que se mostra necessária a ruptura de uma cultura racista, machista, patriarcal e de perpetuação do ciclo de exploração econômica das camadas mais pobres pelas elites.

Com base nas normas constitucionais e internacionais incidentes na matéria, bem como no princípio da isonomia e na teoria do impacto desproporcional, é necessária interpretação evolutiva. Trata-se da efetivação da pauta axiológica de valores sociais e um passo (não último, frise-se) em direção à ruptura da espiral de exclusão, discriminação e exploração - dever atribuído às instituições públicas/privadas é à sociedade integralmente.

A obrigação de alterar a realidade ora descrita é de responsabilidade

universal. O opressor, ao negar tais fatos e o reconhecimento de direitos imanentes ao trabalhador, rejeita-se em sua própria humanidade. Se o indivíduo, por meio dos seus atos, reflete à coletividade a sua essência, receberá como retorno valores reflexos. Trata-se de verdadeira autofagia social.

Não é porque as correntes foram quebradas há mais de 100 anos, com o fim da escravatura, e tudo permaneceu inerte que esse círculo deve ser perpetuado. Não se podem admitir subníveis de cidadania.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Diarista: um empregado em busca de vínculo. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (Orgs.). **Trabalho doméstico**. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72 de 2013. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT). **Peruanas mantidas em casa de alto padrão em Florianópolis conquistam liberdade e direitos trabalhistas**.

Disponível em: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/procuradorias/prt-florianopolis/211-peruanas-mantidas-em-casa-de-altopadrao-em-florianopolis-conquistam-liberdade-e-direitos-trabalhistas>>. Acesso em: 12 maio 2019.

_____. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Trabalho doméstico remunerado. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html>. Acesso em: 12 maio 2019

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente**: análise jurídica da exploração do trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 5. ed. atual. de acordo com a reforma trabalhista. São Paulo: LTr, 2018.

CALVET, Felipe. A evolução da legislação do trabalhador doméstico. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (Orgs.). **Trabalho doméstico**. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72 de 2013. Curitiba: Juruá, 2013.

CARELLI, Rodrigo. Barroso, negros de primeira linha e a reforma trabalhista – os experimentos de Milgram explicam. In: CASAGRANDE, Cássio; CARELLI, Rodrigo. **Reforma trabalhista**: reflexões críticas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018a.

_____. **Barroso versus o mundo**: o contrato-realidade e o transportador autônomo de cargas – quando pensamos que já vimos de tudo, aí é que a surpresa vem com força. In: CASAGRANDE, Cássio; CARELLI, Rodrigo. Reforma trabalhista: reflexões críticas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018b.

CASAGRANDE, Cássio. **A proletarização do advogado no Brasil – indústria da advocacia deveria admitir sua condição de classe patronal.** In: CASAGRANDE, Cássio; CARELLI, Rodrigo. Reforma trabalhista: reflexões críticas. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ACESSORIA. **Reforma da previdência aprofunda desigualdades entre homens e mulheres.** Disponível em: <<http://www.cfemea.org.br/index.php/alerta-feminista/4618-reforma-da-previdencia-aprofunda-desigualdades-entre-homens-e-mulhere>> Acesso em: 15 maio 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11.ed. São Paulo: LTr, 2012.

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

_____. **As normas internacionais de direitos humanos e a lei da reforma trabalhista no Brasil.** In: ROCHA, Cláudio Jannoti da (Org.). Direito internacional do trabalho: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo:** efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

KREIN, José Dari. **O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva Consequências da reforma trabalhista.** Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, 2018.

MAGANO, Octaviano Bueno. **Manual de Direito do Trabalho.** v. II São Paulo: LTr, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIZIARA, Raphael. **Moderno Dicionário de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2019.

MONTICELLI, Thays Almeida e TAMANINI, Marlene. Trabalho autônomo e autonomia trabalhista: as práticas de trabalho das diaristas e suas reconfigurações no trabalho doméstico. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (Orgs.). **Trabalho doméstico.** Teoria e prática da Emenda Constitucional 72 de 2013. Curitiba: Juruá, 2013.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos.** 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NETO, Silvio Beltramelli; KLUGE, Cesar Henrique. Panorama normativo-

jurisprudencial das relações de trabalho no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: ROCHA, Cláudio Jannoti da (Org.). **Direito internacional do trabalho**: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional** – de acordo com a reforma trabalhista Lei n. 13.467/2017. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Ação Civil Pública no processo do Trabalho**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIOS, Roger Raupp; DA SILVA, Rodrigo. **Discriminação múltipla e discriminação interseccional**: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. Revista Brasileira de Ciência Política, v. 16, p. 11, 2015.

SALET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**. - São Paulo: Fórum, 2014.

SEVERO, Valdete Souto; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Manual da reforma trabalhista**: pontos e contrapontos. São Paulo: Sensus, 2017.

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

_____. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**: livro da remuneração. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. São Paulo: Saraiva, 1975.



TRABALHO *ON DEMAND* POR MEIO DE APLICATIVOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA SUBORDINAÇÃO INTEGRATIVA

Débora Coelho¹

Resumo: Contemporaneamente, a Revolução Digital promoveu significativas transformações na organização do trabalho, introduzindo, no cenário econômico, o trabalho intermediado por plataformas digitais, que se intitulam empresas de tecnologia e defendem como sua única função a de conectar consumidores e trabalhadores, por elas denominados “parceiros”. Diante da atual discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a incidência das normas protetivas do Direito do Trabalho a tais “parceiros”, o objetivo do presente estudo é examinar as características da organização do trabalho por aplicativos, enfatizando a forma pela qual os trabalhadores são conduzidos ao alcance dos objetivos empresariais para, sob a ótica do papel civilizatório desse ramo jurídico especializado, do princípio da primazia da realidade e, especialmente, da evolução do conceito de subordinação, concluir pela presença da subordinação integrativa.

107

Palavras-chave: Revolução Digital. Trabalho *on demand* por meio de aplicativos. Controle por objetivos. Subordinação integrativa. Princípio da realidade. Relação de emprego.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do Direito do Trabalho remonta à superexploração do homem pelo capital verificada à época da Revolução Industrial, que, dominada pelo ideário liberal, de mínima intervenção estatal na economia, resultou na submissão dos operários, principalmente crianças e mulheres, a péssimas condições de trabalho, jornadas extenuantes e com remuneração insuficiente para prover a sua sobrevivência e a de sua família.

¹ Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela AMATRA/12. Assistente no Gabinete da Desembargadora Ligia Maria Teixeira Gouvêa no TRT12. coelho.debora72@gmail.com.

Assim, o ramo jurídico especializado afirmou-se, na História do Capitalismo Ocidental, como importante instrumento de integração social, de distribuição de renda e democratização social, tornando-se a relação de emprego, cujo traço definidor é a subordinação, a forma hegemônica de conexão do trabalhador ao processo produtivo.

As mudanças implementadas na organização produtiva, mormente após a década de 1970, tornaram as prestações de trabalho muito mais autônomas nas suas modalidades espaciais, temporais e executivas, exigindo do intérprete do Direito uma adaptação do conceito de subordinação para afastar toda tentativa de afirmar a sua presença apenas quando configurada a heterodireção patronal forte e constante.

Com a Revolução Digital despontaram novas formas de trabalho, intermediadas por plataformas digitais e seguindo uma racionalidade algorítmica, a exemplo do trabalho *on demand* por meio de aplicativos. Essas empresas se intitulam de tecnologia e defendem que seu objeto se limita a conectar consumidores e prestadores de serviços, os quais possuem total autonomia para trabalharem onde e quando desejarem.

Diante da divergência que se instalou tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca do enquadramento da relação havida entre as empresas-aplicativo e os trabalhadores, em razão do controle por vezes invisível realizado pelo algoritmo, busca-se, no presente estudo, expor os elementos dessa nova forma de prestação laboral amplamente utilizada no Brasil nos últimos anos e em crescente ascensão para, à luz do princípio da primazia da realidade que orienta o Direito do Trabalho, concluir se está presente ou não o pressuposto definidor da relação empregatícia – a subordinação.

2 O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO E SEU PAPEL CIVILIZATÓRIO NA SOCIEDADE CAPITALISTA

O modo de produção capitalista, instaurado definitivamente a partir da Revolução Industrial, nos séculos XVIII e XIX, provocou uma revolução nos métodos de trabalho a partir da invenção da máquina – como o tear mecânico e a máquina a vapor – e, por corolário, nas relações

entre patrões e trabalhadores. O centro produtivo foi deslocado do campo para a cidade, da produção agrária para a indústria, necessitando a classe dominante – a burguesia - do trabalho humano para transformar a matéria-prima em produtos a serem ofertados no mercado, em crescente expansão (PORTO, 2009, p. 23).

Visando utilizar a mão de obra abundante, composta por trabalhadores libertos das imposições feudais, engendrou-se o trabalho assalariado, cuja liberdade era mais aparente que real, já que, desprovido dos meios necessários à sobrevivência, o operário sujeitava-se a longas jornadas, sem descansos ou repousos, expondo-se a risco de vida e recebendo em troca remuneração insuficiente para prover a sua subsistência e a da família (PORTO, 2009, p. 23).

Segadas Vianna assinala que a igualdade e a liberdade, como conceitos abstratos, permitiam que se instituisse uma nova forma de escravidão, com o crescimento das forças dos privilegiados da fortuna e a servidão e a opressão dos mais débeis, acrescentando que, “entregue à sua fraqueza, abandonado pelo Estado, que o largava à sua própria sorte, apenas lhe afirmando que era livre, o operário não passava de um simples meio de produção” (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, p. 34).

Dentro das fábricas, a prestação laborativa, consistente em execução de tarefas simples e repetitivas, torna o trabalhador facilmente fungível, permitindo ao empregador decidir quem irá contratar, e aplicando, na ausência de limitação normativa, o critério do menor salário, o que intensificou a exploração do trabalho de mulheres e crianças (BARROS, 2006, p. 59).

Nesse contexto, marcado pela desigualdade econômica e social, surge o Direito do Trabalho, garantindo aos operários condições mínimas de trabalho e de vida, mediante um conjunto de regras, institutos e princípios jurídicos reguladores da relação de emprego – principal forma de conexão do indivíduo à economia capitalista (DELGADO, 2015, p. 114).

Evaristo de Moraes Filho aponta, sinteticamente, como principais causas do surgimento desse ramo jurídico especializado: os problemas e as respectivas consequências do liberalismo econômico e político; o maquinismo; a concentração de capitais e de massas humanas; as lutas de

classes e as consequentes rebeliões sociais, com destaque para o ludismo e o cartismo na Inglaterra; as Revoluções de 1848 e 1871, na França, e de 1848, na Alemanha; os acordos entre grupos profissionais e econômicos que regulavam as relações entre operários e patrões, cuja força normativa foi posteriormente reconhecida pelo Estado; a Encíclica *Rerum Novarum*; a I Guerra Mundial, cujo fim conferiu ao Direito do Trabalho posição definitiva nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. (PORTO, 2009, p. 30).

Pode-se afirmar que a função central do Direito do Trabalho é a de melhoria das condições de pactuação da força de trabalho, ou seja, é pela norma jurídica trabalhista, interventora no contrato de emprego, que a sociedade capitalista, estruturalmente desigual, consegue realizar certo padrão genérico de justiça social, distribuindo a um número significativo de indivíduos, em alguma medida, ganhos econômicos (DELGADO, 2015, p. 116).

110

Realça Maurício Godinho Delgado que a economia de mercado não visa à equidade, à justiça social, mas à eficiência, à produtividade e ao lucro, tendo o Direito do Trabalho se afirmado na história como uma racional intervenção da ideia de justiça social, por meio da norma jurídica, no quadro genérico de toda a sociedade e economia capitalista, sem inviabilizar o avanço desse sistema socioeconômico (DELGADO, 2015, p. 116).

Em razão da sua função democrática e civilizatória, as normas que o compõem são imperativas, incidindo às situações concretas independentemente do *nomen iuris* que as partes dão ao ajuste (VILHENA, 2005, p. 234).

Rege-se, portanto, o ramo juslaboral pelo princípio da primazia da realidade, segundo o qual, na análise de uma relação de trabalho, deve-se dar maior importância aos fatos do que à forma, sobrepondo-se a essência à forma (RODRIGUEZ, 2000, p. 339).

Na concepção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tal princípio goza de vigência universal, podendo ser extraído, no Direito brasileiro, dos arts. 9º e 442, *caput*, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), assim redigidos:

Art. 9. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 442. Contrato individual do trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego

A propósito, a OIT recomenda a seus membros (nº 198) que incluam nas políticas nacionais medidas para, entre outros, “combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro ‘*status*’ legal [...]”, possuindo “o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção” (item 4, “b”).

3 RELEITURA DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO: A SUBORDINAÇÃO INTEGRATIVA

A relação de emprego, principal meio de acesso dos trabalhadores às normas de proteção do Direito do Trabalho, trata-se de noção jurídica de uso universal, comum às diversas tradições e sistemas jurídicos do mundo.

No Brasil, a partir do disposto nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da CLT, identificam-se os seguintes elementos fático-jurídicos da relação empregatícia: trabalho não eventual, prestado *intuitu personae* por pessoa física, com subordinação e onerosidade.

A subordinação é o traço definidor dessa relação, diferenciando os trabalhadores autônomos dos subordinados e funcionando como “chave de acesso” às normas trabalhistas e de seguridade social (PORTO, 2009, p. 200).

Aludido pressuposto começou a ser esboçado no início do século XX, quando o contrato de trabalho iniciava sua trajetória e, atualmente, predomina na cultura jurídica trabalhista de todos os povos, significando o termo “subordinado”, etimologicamente, quem está sob a ordem, em ordem, de um determinado ordenador (CATHARINO, 1972, p. 251).

À época do surgimento do Direito do Trabalho, o sistema de gestão empresarial dominante nos países desenvolvidos, conhecido como fordismo/taylorismo, viabilizou a simplificação e a agilização do treinamento da mão de

obra, mesmo não qualificada, além de potenciar a produtividade do trabalho, mediante a minuciosa separação de tarefas e conseqüente rotinização no processo laborativo. Daí porque a subordinação foi identificada com a presença constante de ordens intrínsecas e específicas, com horário rígido e fixo de labor, realizado no estabelecimento empresarial, sob a vigilância e controle assíduos do empregador e seus prepostos (PORTO, 2009, p. 43).

A partir da década de 1970, no cenário da forte crise desencadeada no Ocidente, assiste-se a incorporação de novos sistemas de gestão empresarial e laborativa, passando-se a defender, na visão daquele que maior impacto causou na época - toyotismo ou ohnismo - a ideia de empresa enxuta, disposta a concentrar em si apenas as atividades essenciais e repassar para empresas menores, suas subcontratadas, o cumprimento das demais atividades necessárias à obtenção do produto final (DELGADO, 2015, p. 48).

112

Reduziu-se radicalmente o estoque, ajustando a produção à necessidade do mercado consumidor (sistema de produção *Just in time* e de estoque zero), ensejando o sistema de acumulação flexível rápidas mudanças dos padrões de desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego no chamado “setor de serviços” e conjuntos industriais em regiões completamente novas.

Segundo David Harvey, “esses poderes aumentados de flexibilidade e mobilidade permitem que os empregadores exerçam pressões mais fortes de controle do trabalho” (HARVEY, 1992, p. 131). Isso porque as inovações no sistema produtivo substituem as rígidas conexões mecânicas por aquelas telemáticas, que permitem que o comando seja exercido em um determinado local e a execução da ordem ocorra em tempo real em outro local distante.

Altera-se, assim, a própria natureza da prestação do trabalho, que não se dirige à simples manipulação de materiais, mas, também, ao tratamento de informações por vezes complexas, o que requer um aumento da qualificação do trabalhador, ao qual é conferida uma maior autonomia operacional e maior responsabilidade pelos resultados (PORTO, 2009, p. 79).

O esquema clássico da subordinação se modifica, pois a prestação a

cargo do trabalhador se desenvolve com menos sujeição e mais colaboração. A relação intersubjetiva entre empregado e empregador abandona o esquema descendente comando/obediência (isto é, a subordinação), com a supressão do poder de direção autoritária, para assumir a feição de mero controle, próximo da autonomia (ROMITA, 2005, p. 82).

Lorena Vasconcelos Porto ensina que o poder diretivo permanece o mesmo em termos de intensidade, mas se torna menos visível porque foi incorporado, interiorizado pelo próprio trabalhador. Cita, como exemplo, as situações em que a remuneração é calculada com base não no tempo de trabalho, mas na produção realizada. Ainda que sejam garantidos alguns direitos (no Brasil, a percepção do salário mínimo, conforme art. 7º, VII, da CF/88), pelo fato de a remuneração depender da produção, o empregado passa a exercer sobre si próprio o papel do patrão, controlando e pressionando a si mesmo para aumentar o ritmo, a intensidade e a produtividade do trabalho (PORTO, 2009, p. 83).

Pode-se afirmar, então, que, desde a Revolução Industrial foram aumentando, a um só tempo, a intensidade do poder e a sua invisibilidade, assinalando Márcio Túlio Viana que, nos primeiros tempos do capitalismo, a subordinação era corpo a corpo; depois, com o taylorismo e o fordismo, ela transportou-se para a máquina; hoje, captura a subjetividade dos próprios subordinados, tornando-se o empregado o seu próprio chefe (VIANA, 2005, p. 67).

A evolução dos contornos da subordinação levou ao desenvolvimento do conceito de subordinação objetiva, a qual se configura diante da inserção do serviço prestado pelo trabalhador nos objetivos perseguidos pela empresa (VILHENA, 2005, p. 510).

Segundo Maurício Godinho Delgado, o conceito não se consolidou na área jurídica por ser muito amplo, incapaz de diferenciar, em situações concretas, o trabalho verdadeiramente autônomo daquele subordinado, sobretudo quando o labor era realizado fora da planta empresarial (DELGADO, 2019, p. 352).

O doutrinador então propõe o conceito de subordinação estrutural como aquela que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou

não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento (DELGADO, 2019, p. 353).

A partir da conjugação da noção de subordinação objetiva com os critérios excludentes da autonomia, Lorena Vasconcelos Porto apresentou o conceito de subordinação integrativa, que se faz presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade (PORTO, 2009, p. 253).

A importância da permanente releitura do conceito de subordinação é evidente, pois, caso mantido em sua acepção clássica, com seus rígidos indícios relativos à modalidade, tempo e local de trabalho, figuras que já existem, como o teletrabalho, e virão a se difundir no futuro serão necessariamente enquadradas como trabalho autônomo, excluindo parcela significativa de trabalhadores hipossuficientes da necessária proteção conferida pelo Direito do Trabalho.

114

4 TRABALHO *ON DEMAND* POR MEIO DE APLICATIVOS

Contemporaneamente, no processo de transformações promovidas pela Revolução Digital nas relações de trabalho, despontam dois tipos de negócio identificados pela doutrina: o trabalho *on-demand-via-app* e o *crowdwork*, às vezes apontadas com a mesma terminologia de *crowdwork* (CAVALLINI, 2017).

Em síntese, o primeiro consiste na mediação *online* de prestações de trabalho “tradicionais” – como serviços de transporte, de entrega, ou assistência de várias naturezas – num determinado âmbito territorial (tendencialmente, o espaço urbano das grandes cidades), em favor de uma clientela composta de consumidores finais (CAVALLINI, 2017).

O *crowdwork*, por seu turno, se diferencia do trabalho *on demand* por se realizar numa dimensão global, mobilizando uma mão de obra virtual localizada em qualquer lugar onde haja conexão à Internet. O exemplo mais

famoso é a plataforma *Amazon Mechanical Turk* (ou AMT), cujas atividades não são unicamente mediadas por trâmite da plataforma *online*, mas são também executadas no espaço digital, tratando-se de “tarefas de inteligência humana”, que podem ser extremamente básicas (transcrever um texto ou um áudio), assim como de elevado conteúdo intelectual (uma tradução, o trabalho “criativo” no campo do *design*) (CAVALLINI, 2017).

O aplicativo de trabalho *on demand* mais conhecido no mundo e que serve de inspiração para os demais é o da Uber, que atua no setor de transportes, interligando motoristas e passageiros, sendo relevante a análise do seu funcionamento para se compreender a nova lógica de organização do trabalho do século XXI.

O labor por meio dessa plataforma virtual pode ser assim sintetizado:

- (i) compete-lhe escolher e selecionar os motoristas que podem aceder à aplicação informática, sem a qual não pode ser prestado o serviço;
- (ii) cabe-lhe obter e indicar os clientes disponíveis ao motorista, através de uma aplicação informática;
- (iii) o motorista deve fornecer os seus dados e disponibilizar uma viatura que não pode ter mais de 10 anos, podendo a empresa controlar a qualidade do serviço através da avaliação dos clientes (uma avaliação inferior a 4,6 estrelas pode levar ao cancelamento do acesso à plataforma informática);
- (iv) o preço da viagem é fixado pela empresa, a qual paga aos motoristas um valor previamente determinado;
- (v) os motoristas não devem receber gorjetas;
- (vi) a empresa pode fornecer o smartphone necessário para aceder à aplicação, salvo se o motorista tiver algum equipamento compatível; e
- (vii) o motorista não tem qualquer função de gestão que possa afetar a rentabilidade do negócio (MARTINS, 2015, *online*).

Em recente estudo desenvolvido por Procuradores do Trabalho vinculados à Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (Conafret) do Ministério Público do Trabalho (MPT), identificou-se como principais características do sistema: monitoramento eletrônico, aumento de preço e programação de trabalho, a fusão da análise em tempo real com a análise prévia e a avaliação dos motoristas (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 18).

Segundo o MPT, o aplicativo estimula os motoristas a aceitarem todas as corridas e a permanecerem o maior tempo possível trabalhando,

como uma forma de manter o atendimento aos clientes o mais amplo possível. Por meio de algoritmos, além de verificar instantaneamente a demanda, a empresa consegue fazer projeções da oscilação do número de chamados pelo aplicativo a partir do histórico de viagens, estimulando os motoristas a atenderem certos lugares, em determinados horários. A aceitação de uma corrida, porém, não indica necessariamente o trajeto que será percorrido, tampouco o valor que o motorista receberá e a rejeição de viagens pode resultar em suspensão ou exclusão do aplicativo (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 18).

A avaliação dos motoristas é realizada pelos clientes, mediante a atribuição de 1 a 5 estrelas para o desempenho do trabalhador, bem como pela possibilidade de enviar mensagens para a Uber sobre o serviço prestado, podendo o motorista ser descredenciado caso a média das avaliações ficar abaixo de 4,6 (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 20).

116 Para garantir um padrão no atendimento dos clientes, a empresa estabelece um código de condutas a ser observado pelos motoristas, enviando constantes mensagens sobre esse tema, além de estimulá-los a criarem relações com os passageiros para que se sintam sempre confortáveis, o que é denominado de *emotional labor* (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 20).

A Uber se intitula uma empresa de tecnologia, que vende novas formas de trabalho via cooperação social, pregando a total independência e liberdade dos motoristas “parceiros” por meio de *slogans* como “seja seu chefe, dirija seu carro” (SCHOLZ, 2016).

Por pertinente à temática, recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 8-5-2019, concluiu ser inconstitucional a proibição ou restrição por leis municipais do transporte individual de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos, aprovada, na oportunidade, a tese proposta pelo relator do RE 1054110, ministro Luís Roberto Barroso:

1 – A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. 2 – No exercício de sua competência para a regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem contrariar

os parâmetros fixados pelo legislador federal (Constituição Federal, artigo 22, inciso XI). (grifei)

Para o Ministro Luiz Fux, as leis que restringem o uso de carros particulares para o transporte remunerado individual de pessoas vulneram os princípios da livre iniciativa, do valor social do trabalho, da livre concorrência, da liberdade profissional e, ainda, o da proteção ao consumidor. Tais liberdades, segundo o relator da ADPF 449, são fundamentos da República e “não podem ser amesquinhasadas”.

A decisão parece estar em sintonia com a Medida Provisória (MP) n. 881, publicada no dia 30-4-2019 e intitulada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, que, em linhas gerais, prevê no seu art. 3º: o fim de autorização prévia para atividades econômicas de baixo risco (inciso I); a liberdade de horário e dia para produzir, empregar e gerar renda (inciso II); preço de produtos e serviços livremente definidos pelo mercado (inciso III); efeito vinculante para decisões administrativas (inciso IV); afastamento dos efeitos de normas desatualizadas (inciso VI); imunidade burocrática para inovar (inciso VII); respeito aos contratos empresariais privados (inciso VIII); e fixação de prazos e aprovação tácita de licenças para empreender (inciso IX).

117

Dessarte, sem encargos trabalhistas ou previdenciários e com incentivo governamental para se instalarem no País, as empresas-aplicativo estão, inegavelmente, em vantagem competitiva em relação às empresas tradicionalmente postas, de modo que a tendência é a acentuada incorporação dos elementos desse novo tipo de organização do trabalho na economia.

5 TRABALHO *ON DEMAND* SOB A ÓTICA DA SUBORDINAÇÃO INTEGRATIVA

Conforme delineado, no novo regime, presente no funcionamento das plataformas digitais, a organização do trabalho e seu controle apresentam-se na forma de programação por comandos (algorítmico), restituindo-se ao trabalhador certa esfera de autonomia na prestação do serviço e consubstanciando uma direção por objetivos.

A partir da programação, da estipulação de regras e comandos pré-

ordenados e mutáveis por seu programador, ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos para alcançar os objetivos assinalados pelo programa, devendo estar mobilizado e disponível para a sua realização (SUPIOT *apud* CARELLI, 2017, p. 140).

De acordo com Yuval Harari, algoritmo “é um conjunto metódico de passos que pode ser usado na realização de cálculos na resolução de problemas e na tomada de decisões. Não se trata de um cálculo específico, mas do método empregado quando se fazem cálculos” (HARARI, 2016, p. 91). O algoritmo, cujos ingredientes podem ser modificados a cada momento por sua reprogramação (*inputs*), garante que os resultados finais esperados (*outputs*) sejam alcançados, sem necessidade de dar ordens diretas àqueles que realizam o trabalho (CARELLI, 2017, p. 141).

Desse modo, a subordinação cede à ideia do controle por *sticks* (porretes) e *carrots* (cenouras). Portanto, aqueles que seguem a programação recebem premiações, na forma de bonificações e prêmios, e os que não se adaptarem aos comandos e objetivos são cortados ou punidos. É próprio da nova organização do trabalho, em que os trabalhadores devem ser permanentemente inseguros – e a insegurança deve estar inculcada na mente das pessoas – para que o controle possa ser realizado da forma mais eficiente, e os objetivos melhor alcançados (CARELLI, 2017, p. 141).

Ainda, os trabalhadores devem estar disponíveis a todo o momento. Essa mobilização total, diferentemente do fordismo-taylorismo, visa dominar não o corpo dos trabalhadores, mas seus espíritos, cedendo a obediência mecânica em prol da busca do atingimento dos objetivos traçados pela empresa (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 33).

Por meio da precificação extremamente baixa, as empresas buscam o monopólio do mercado, afastando qualquer concorrência e, também, garantem o controle do tempo de trabalho. Conforme realça o estudo promovido pelo MPT:

[...] ao transformar o trabalhador em empreendedor em regime de aliança neofeudal, desfaz-se a proteção trabalhista em relação ao limite de horas de trabalho. Assim, com uma tarifa – e, obviamente, uma remuneração – baixa, mais horas de trabalho são, de fato, necessárias para a sobrevivência do motorista parceiro.

Como é essencial para a confiabilidade das empresas que haja disponibilidade de serviço a todo o momento para seus clientes, com baixa remuneração por hora trabalhada, consegue-se, sem qualquer ordem direta, manter os “parceiros” à disposição por muitas horas ao dia. O fato de entre 2016 a 2017 a tarifa da Uber ter baixado no Brasil por três vezes demonstra que a precificação, como forma de organização do trabalho por comandos, dirige a prestação do serviço sem que os trabalhadores, na maior parte das vezes, percebam (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 36).

Outro ponto de controle relevante para o negócio das empresas funcionarem, seja de transporte de passageiros, entrega de mercadorias ou qualquer outra atividade econômica que possa ser realizada por intermediação entre trabalhadores e clientes – são as avaliações em forma de notas dadas pelos usuários, que são a faceta do porrete (*stick*) na organização do capitalismo de plataforma. Essa moderna técnica

é realizada para o controle dos trabalhadores, deixando no passado a forma idealizada por Bentham para o panóptico, o controle, agora, no lugar de ser centralizado por um vigia em uma torre com visão periférica, está multiplicado e disperso em várias instituições de controle, vários vigias, como já previa Foucault (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 38).

119

De fato, os gerentes do negócio agora são os milhões de clientes das empresas, que, pelas avaliações e comentários, realizam a verificação do cumprimento da programação por parte dos motoristas. A nota, pelo poder de retirar o trabalhador da plataforma, exerce irresistível poder sobre a forma de prestação dos serviços. Nesse sentido, enfatiza o MPT que

O padrão de se vestir ou se portar não são obrigatórios, mas são inescapáveis para a obtenção da nota de corte. Assim, da mesma forma que não é obrigatório – mas é inescapável - o trabalho por período integral (ou até em jornadas estafantes), não há como fugir do padrão do serviço imposto pela própria empresa (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 38).

A referida avaliação assume nítida feição de controle quando se verifica que ela tem como destinatária a empresa, e não os clientes, pois não há possibilidade de se escolher um motorista – ou entregador, ou qualquer outro profissional – em razão da sua pontuação, o qual será selecionado pelo algoritmo da empresa considerando tão só a proximidade que estiver do

cliente (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 38).

Com base nesse panorama, está-se diante de típico trabalho por conta alheia - servindo o labor, essencialmente, ao atendimento dos fins empresariais de uma organização alheia -, com os rendimentos absorvidos pela empresa-aplicativo, que detém exclusivamente o código-fonte da plataforma e procede toda sorte de alterações que lhe beneficiem, seja na precificação do serviço, no percentual de apropriação desse valor ou na seleção do consumidor que será atendido.

Nesse sentido, alerta o MPT que “se altera a formatação, mas resta a natureza: a) de um lado as pessoas, travestidas em realidades intersubjetivas denominadas empresas, que detêm capital para investir na produção e serviços; e b) do outro lado os demais indivíduos que têm somente o trabalho a ser utilizado e apropriado por essas realidades intersubjetivas para a realização de sua atividade econômica”, ou seja, “a exploração dos segundos pelos primeiros continua a mesma” (OITAVEN *et al.*, 2018, p. 35).

120

As relações de poder, como já advertia Foucault, estão sempre presentes nas sociedades humanas, mas as formas de seu exercício (“tecnologias do poder”) se modificam ao longo da história (FOUCAULT, 1997, p. 189) e, reportando-se ao exposto no item 2 deste artigo, a nova forma de controle por objetivos e programação por comandos enquadra-se perfeitamente à ideia de subordinação integrativa idealizada por Lorena Vasconcelos Porto.

Como visto, aludida subordinação se faz presente quando o trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador, no caso, pelas ditas empresas de tecnologia que, na realidade, são empresas de serviços, como transporte ou entrega, não possuindo o trabalho elementos de autonomia, ou seja, o trabalhador não detém organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade, exatamente como ocorre no trabalho intermediado pelos aplicativos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço de novas tecnologias, no âmbito da Revolução Digital, inaugurou nova forma de prestação do trabalho, intermediada por plataformas digitais empresariais, que, definindo e modificando unilateralmente as regras do negócio, conectam consumidores a trabalhadores.

A partir do presente estudo, conclui-se que a transferência de riscos e custos opera-se não mais para outras empresas como ocorreu no toyotismo, mas para uma massa de trabalhadores que, por meio das tecnologias disruptivas, são induzidos a ficar permanentemente disponíveis para o trabalho, mediante o recebimento de premiações, caso reajam positivamente aos estímulos, ou penalidades, na hipótese de não adaptação às regras impostas, cujo controle é exercido tanto pela empresa como pelos consumidores, que podem atribuir notas ao desempenho dos trabalhadores.

Outra forma de monitoramento do tempo de trabalho e, também, de garantir a qualidade do serviço ofertado pelas empresas-aplicativo se concretiza pela política de baixa precificação, pois, para assegurar o mínimo à sua sobrevivência, o trabalhador deve laborar muitas horas por dia.

Em tempos de pós-verdade, em que os apelos midiáticos interferem mais na opinião pública do que fatos objetivos, as empresas em análise pretendem vender a ideia de que são meras vitrines virtuais de trabalho autônomo. Todavia, conforme analisado, elas apropriam-se da força e dos frutos do trabalho, mediante dever de aliança e de cumprimento dos objetivos traçados na programação, sem contrapartida razoável e à margem das regras protetivas do Direito laboral.

A nova forma de exploração da mão de obra deve ser analisada pela ótica da subordinação integrativa, pois, além de o trabalho prestado integrar as atividades exercidas pelas ditas empresas de tecnologia que, na realidade, são empresas de serviços, não possui o trabalhador as características de um autônomo, por não deter organização empresarial própria, não assumir verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não ser proprietário dos frutos do seu trabalho, apropriados, originariamente, pela organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.

Presente, portanto, a subordinação, é imprescindível, caso

verificados, em concreto, os demais elementos do vínculo empregatício, que tais relações estejam sob o manto protetor do Direito do Trabalho, poderoso e eficaz instrumento de incorporação do ser humano ao sistema socioeconômico, em especial daqueles que não tenham outro meio de afirmação senão a própria força de seu labor.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 (Consolidação das Leis do Trabalho-CLT). 1º de maio de 1943**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 maio 2019.

_____. **Medida Provisória nº 881, 3 de abril de 2019**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 449. Recurso Extraordinário. Re: 1054110. **Relator da ADPF:** Luiz Fux. Relator do RE: Luís Roberto Barroso. DJ: 08/05/2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5167205> >. Acesso em: 11 maio 2019.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o século XXI. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017. p. 141-144.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. v.1. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972.

CAVALLINI, Gionata. **Além da subordinação: os remédios de direito privado para os “trabalhadores digitais”**. I Congresso Internacional da Law Academy – Labour, Porto, 13-14 de julho 2017. Disponível em: <<https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/517148/886493/Cavallini%20-%20Paper%20Porto%202017.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HARARI, Yuval Noah. Homo Deus. **Uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna** - Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Edições Loyola, 1992.
- OIT BRASIL. **Recomendação nº 198**. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument>. Acesso em: 14 abr. 2019.
- OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luis. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação do contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 117, ano 32, p. 37-59, jan./mar., 2005.
- SCHOLZ, Trebor. **Platform cooperativismo vs. The sharing economy**. Medium Website, 5 dez. 2016. Disponível em: <<https://medium.com/@trebors/platform-cooperativism-vs-the-sharing-economy-2ea737f1b5ad>>. Acesso em: 12 maio 2019.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições do Direito do Trabalho**, v. I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- VIANA, Márcio Túlio. Poder Diretivo e Sindicato: entre a opressão e a resistência. **Caderno Jurídico**, Brasília, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, ano IV, n. 6, nov./dez., 2005.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.



A INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS II E III DO ART. 394-A DA CLT ANTE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI N. 5.938

Fernanda Ambros¹
Rodrigo Goldschmidt²

Resumo: O presente trabalho tem como objeto tratar sobre a inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado na ADI n. 5.938. Para alcançar tal objetivo foi utilizado o método de abordagem dedutivo, com consulta de dados gerais e, também, a análise do julgado do STF supracitado, para traçar apontamentos sobre a inconstitucionalidade das inovações promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) no tocante aos direitos da mulher gestante e lactante. Além disso, para se chegar ao objetivo do trabalho, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautado na análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação vigente. Neste trabalho, foram realizados alguns apontamentos sobre a evolução dos direitos humanos e trabalhistas das mulheres, assim como em relação à proteção à maternidade. Em seguida, foram abordados os efeitos da flexibilização das normas trabalhistas concretizado pela Reforma Trabalhista, principalmente em relação aos direitos das trabalhadoras gestantes e lactantes, e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal diante das inovações legislativas. Foi verificado, ao final, que o Supremo Tribunal Federal com base no princípio da dignidade da pessoa humana e diante dos direitos fundamentais da trabalhadora gestante ou lactante reconhece a impossibilidade do exercício de atividades insalubres por gestantes e lactantes. Diante disso, é possível concluir a necessidade da tutela dos direitos das trabalhadoras já consagrados na Constituição Federal

125

1 Graduada em direito, pós graduada em Direito e Processo Tributário – Estácio de Sá, pós graduada em Direito e Processo Penal – Uniasselvi, mestranda em Direito – UNESC. Professora da FUCAP no curso de Direito. Servidora da Justiça Federal. fnd@jfcsc.jus.br.

2 Pós-doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Professor e pesquisador do PPGD – Mestrado Acadêmico em Direito – da UNESC. Juiz do Trabalho Titular do TRT12/SC.

pelo Poder Judiciário, ante a constante tentativa do Poder Legislativo em ceifar tais garantias.

Palavras-chave: Direitos da mulher. Trabalhadora gestante e lactante. Reforma trabalhista. Supremo Tribunal Federal. Dignidade humana.

1 INTRODUÇÃO

Diante da constante flexibilização dos direitos dos trabalhadores e das alterações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), surge uma maior preocupação com os direitos da trabalhadora, em especial da empregada gestante e lactante.

Mediante muita luta, as mulheres foram conquistando direitos que as aproximasse de uma situação de igualdade em relação aos homens, porém ainda se apresenta como um desafio à efetivação das garantias previstas no ordenamento jurídico pátrio.

126

Como se não bastasse a ineficácia de muitos direitos já consagrados às trabalhadoras, inclusive na Constituição Federal de 1988, por conta da flexibilização dos direitos trabalhistas, muitas garantias vêm sendo ceifadas pelo Poder Legislativo.

Ante este quadro, torna-se necessário que o Poder Judiciário assuma importante papel no controle dessas mudanças, pautando-se, inclusive, nos princípios e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

Este é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.938, na qual se busca a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos incluídos na CLT (art. 394-A *caput* e incisos II e III) que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em determinadas hipóteses.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se sobre o tema. No dia 29 de maio de 2019, julgou procedente a ADI n. 5.938, reconhecendo a inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT inseridos pelo art. 1º da Lei n. 13.467/2017.

Nesse diapasão, o tema central da presente pesquisa é analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938 no que toca à inconstitucionalidade da possibilidade de desempenho de atividade insalubre por gestantes e lactantes, conforme previsto na Lei 13.467/2017.

Para tanto, o presente artigo está dividido em 4 itens. Após a introdução, o segundo item tem por objetivo traçar breves apontamentos sobre a proteção do trabalho digno da mulher e acerca dos direitos trabalhistas das mulheres, especialmente no tocante à proteção à maternidade, à luz da Constituição Federal de 1988.

No terceiro item será realizada uma análise acerca do contexto da Reforma Trabalhista na privação de direitos das mulheres gestantes e lactantes, bem como sobre o posicionamento adotado pelo STF no julgamento da ADI n. 5.938.

Por fim, a presente pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os direitos das mulheres gestantes na atualidade.

127

O método de abordagem utilizado será, predominantemente, o dedutivo, partindo de dados gerais, adentrando na análise do julgado do STF supracitado para traçar apontamentos sobre a inconstitucionalidade das inovações promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) no tocante aos direitos da mulher gestante e lactante e com relação ao entendimento firmado sobre a possibilidade de desempenho de atividade insalubre por essas mulheres.

Para se chegar ao objetivo deste trabalho, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautada na análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação vigente.

2 A PROTEÇÃO AO TRABALHO DIGNO DAS MULHERES

Antes de adentrar ao tema referente à proteção ao trabalho digno da mulher, é necessário traçar breves apontamentos sobre a evolução dos direitos trabalhistas da mulher, conquistados a partir do reconhecimento

dessa como sujeito de direitos e digna da proteção concedida a todos indivíduos pelos direitos humanos.

2.1 Direitos trabalhistas das mulheres

Os direitos trabalhistas são um reflexo da conquista dos direitos humanos, os quais são resultados de lutas e embates políticos. No que tange aos direitos das mulheres, o reconhecimento dos seus direitos como parte indissociável dos direitos humanos é algo recente, visto que, em um primeiro momento, os direitos humanos foram pautados em uma visão masculina e machista, renegando todas as particularidades e interesses femininos (LOLI E., 1996).

Destaca-se que, no século XVIII, a igualdade, ideal da Revolução Francesa, não incluía as mulheres, somente dizia respeito à igualdade entre os indivíduos do sexo masculino. A mulher era excluída da sociedade e considerada ser inferior, frágil e submissa (LOLI E., 1996). Tal realidade se faz presente nos dias de hoje, inclusive no mercado de trabalho, já que as mulheres permanecem sofrendo discriminações, possuem menores salários em relação aos homens e são assediadas de diferentes maneiras.

Diante das injustiças cometidas contra as mulheres, iniciou-se um movimento internacional para reconhecimento de seus direitos. As primeiras contribuições e tentativas de internacionalização dos movimentos das mulheres surgiram na Primeira Conferência Interamericana de Mulheres de 1922, oportunidade em que foram aproximadas as pautas sobre as lutas feministas (BARRETO, 2016).

Todavia, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que se iniciou um processo de especificação de direitos e garantias, observando-se os interesses e particularidades dos indivíduos, visando à contemplação de todos os sujeitos de direitos. A partir desse momento, e após a luta incessante pelo reconhecimento e efetivação de seus direitos, é que as mulheres passaram a ter importância no cenário mundial (BARRETO, 2016; LOLI E., 1996).

Da mesma forma como ocorreu com o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, a conquista dos direitos das trabalhadoras ocorreu de forma gradual e após muita mobilização.

Com efeito, a ausência de reconhecimento do papel da mulher na sociedade, fez com que, por muitos anos e em especial após a Revolução Industrial, elas fossem lançadas a condições precárias de trabalho e de miserabilidade. As operárias trabalhavam de forma exaustiva, todos os dias da semana, e não possuíam nenhum direito trabalhista que as garantisse o mínimo de dignidade (SOARES; MARCARI; FONSECA, 2017; LUZ et al., 2009).

Com o surgimento do constitucionalismo social que objetivava maior defesa em relação aos direitos sociais nas constituições dos países, o direito do trabalho passou a ser visto como uma questão de interesse social e algo a ser promovido pelo Estado. Nesse momento, fala-se da segunda dimensão dos direitos humanos fundamentais³.

Nesse período, e diante das mobilizações das mulheres, dá-se início ao reconhecimento dos direitos das trabalhadoras em âmbito internacional com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. A partir daí foram concedidos direitos às mulheres, os quais deveriam ser resguardados no ambiente de trabalho. Merecem destaque as Convenções 3 e 4 de 1919 e, posteriormente, as Convenções 100, 103 e 111 da OIT, as quais dispõem sobre direitos da mulher e tratam sobre o princípio da igualdade e a proibição de qualquer ato discriminatório por motivo de gênero, raça, religião, etc. (RIGONI; GOLDSCHMIDT, 2015).

No Brasil, as primeiras regulamentações sobre o trabalho da mulher surgiram em 1932. Porém, somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que as mulheres passaram a ser tratadas pelo ordenamento jurídico de forma igualitária, com a busca pela maior proteção ao trabalho da mulher,

3 A partir da Constituição alemã de Weimar de 1919, e das Constituições do pós-guerra, fala-se da segunda dimensão dos direitos humanos fundamentais, quais sejam, os direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos foram positivados e originados para que o princípio da igualdade fosse, de fato, concretizado, o que se tornou necessário, diante do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos da época (BONAVIDES, 2007; SARLET, 2012). Tratam-se de direitos a prestações sociais estatais, como os direitos à assistência social, à educação, à saúde e ao trabalho (SARLET, 2012, p.47). Como destaca Sarlet (2012, p. 48), os direitos fundamentais de segunda dimensão abarcam não somente direitos de natureza positiva (direitos de cunho prestacional), mas também os direitos relacionados às “liberdades sociais”, aqui compreendidos o direito à sindicalização, o direito de greve, direitos fundamentais aos trabalhadores (direito às férias, ao repouso semanal remunerado, etc.).

à segurança e à saúde no ambiente laboral (RIGONI; GOLDSCHMIDT, 2015; LUZ *et al.*, 2009).

Considerando a importância do tema, é necessário discorrer sobre as proteções concedidas pela Constituição Federal de 1988 ao trabalho digno da mulher.

2.2 Proteção ao trabalho digno da mulher no mercado de trabalho

Consoante destaca Goldschmidt e Renck (2016, p. 29) “A atual Constituição também faz expressa menção à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, e determina que esta seja regida pela busca do pleno emprego (art. 170), o que mostra a importância social atribuída ao trabalho”.

Tendo em vista tamanha importância concedida ao trabalho, a Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo para tratar sobre os Direitos Sociais. O art. 7º do referido Diploma Legal possui um rol de direitos destinados a salvaguardar os dos trabalhadores (BRASIL, 1988).

130

Os direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal são reconhecidos como direitos fundamentais. Trata-se de direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, nas relações de trabalho ou emprego. Sobre o tema, Vecchi (2011, p. 117) destaca na sua obra:

Os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores (direitos fundamentais sociais) são aqueles direitos expressamente destinados aos trabalhadores e que têm, em regra, como sujeito passivo os empregadores, públicos ou privados. Como exemplo, pode ser citado a quase totalidade dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da CF de 1988 (...), cuja aplicação nas relações privadas sequer é questionada.

Porém, existem também direitos fundamentais inespecíficos que se destinam a todos os indivíduos e possuem eficácia inclusive nas relações trabalhistas (VECCHI, 2011, p. 119). Importante ressaltar que todos os direitos fundamentais, específicos ou não, nas palavras de Vecchi (2011, p. 119), visam concretizar a dignidade humana⁴.

⁴ Sobre a dignidade da pessoa humana, Vecchi (2011, p. 119) lembra que “num ordenamento jurídico democrático de direito fundado na dignidade da pessoa humana o que se requer é a proteção integral da pessoa humana, visto a unidade e indivisibilidade de todas as dimensões

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana é, de acordo com Goldschmidt e Renck (2016, p. 29), alicerce do direito do trabalho, o qual deve ser garantido de forma eficaz pelo Estado, e foi adotada pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consoante faz ver o art. 1º, inciso III, do referido Diploma Legal (BRASIL, 1988).

Trata-se de um princípio fundamental norteador de todas as relações jurídicas, inclusive as de cunho privado, como a relação empregatícia. Sarlet (2011, p. 28), ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, ensina que a “dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (...), mas sim de uma qualidade tida como inerente (...), atribuída a todo e qualquer ser humano”.

Além disso, para o autor, há nítida conexão entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, todavia, destaca que essa serve de critério para a construção de um conceito aberto de direitos fundamentais na ordem constitucional, ou seja, existem direitos fundamentais que vão além dos previstos no título II da Constituição Federal de 1988. A dignidade da pessoa humana assume papel de destaque, principalmente na concepção e identificação de outros direitos fundamentais sediados em outras partes da Constituição Federal (SARLET, 2011, p. 73-75).

Ante a importância da dignidade da pessoa humana e considerando que essa norteia todo o ordenamento jurídico, obviamente os trabalhadores mantêm consigo a sua dignidade no desempenho de suas atividades laborais. É por conta disso, que os direitos dos trabalhadores não se limitam aos dispositivos do rol do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

E é com base no princípio da dignidade da pessoa humana, e também no da igualdade material⁵, que a Constituição Federal tratou sobre alguns direitos específicos às trabalhadoras, como a proibição de qualquer ato

dos direitos fundamentais”.

5 Sobre igualdade material, consoante dispõe Goldschmidt e Renck (2016, p. 22) “A Constituição de 1988 não se limitou ao conceito liberal formal da igualdade. Em várias passagens previu possibilidades de tratamentos diferenciados aos que estiverem em situação de desigualdade. Trata-se da igualdade material, atenta às diferenças que visa superar”.

discriminatório por motivo de sexo, reconheceu a necessidade de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, e garantiu o direito à licença- maternidade, com duração de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário (BRASIL, 1988).

As regras protetivas específicas em relação às trabalhadoras visam alcançar a igualdade material entre homens e mulheres e reconhecer as especificidades das necessidades e particularidades das mulheres.

Proteção ao trabalho da mulher gestante e lactante

Especialmente no que tange à proteção da trabalhadora gestante e lactante no mercado de trabalho, a partir da Constituição Federal de 1988, foi concedido à mulher licença-maternidade de 120 dias (BRASIL, 1988). Ainda, a Consolidação das Leis do Trabalho dedicou alguns dispositivos para tratar sobre a proteção à maternidade (arts. 391 a 400 da CLT) (BRASIL, 1943).

132

No entanto, diversos artigos previstos na Constituição Federal de 1988 de forma esparsa visam à proteção à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro e à criança. Com efeito, o art. 6º dispõe que “são direitos sociais (...) a proteção à maternidade e à infância”; os artigos 201 e 203 do referido Diploma Legal tratam sobre a previdência e assistência social e preconizam que ambas atenderão e terão como objetivos a proteção à maternidade, à gestante e à infância. Ainda, o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante à mulher a estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (BRASIL, 1988).

Ao tratar sobre o direito social à proteção da maternidade e da infância, José Afonso da Silva (2008, p. 187) discorre:

A proteção à maternidade é uma forma de direito social que participa da natureza dos direitos previdenciários (art. 201, II) e dos direitos assistenciais (art. 203, I), e enquanto trabalhadora a gestante auferir ainda os benefícios previdenciários do mesmo art. 201, II, e benefícios dos direitos trabalhistas, por meio de licença sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (...). A proteção à infância é um direito social de natureza assistencial, nos termos do art. 203, I e II, pois aqui a proteção é duplamente referida: no inciso I, proteção à infância e à adolescência; no inciso II, amparo à

crianças e adolescentes carentes.

A proteção à maternidade e ao trabalho da mulher gestante e lactante tem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, visto que está relacionada à proteção à vida, à saúde, à segurança tanto da mulher quanto da criança.

Os mecanismos de proteção ao trabalho da mulher gestante e lactante relacionados à garantia a essas mulheres de um ambiente saudável e seguro de trabalho, visam à possibilidade de a trabalhadora conciliar o exercício das suas atividades laborais com a maternidade (PEREIRA, 2017).

Ademais, há uma proteção também especial à nova vida em formação. Chaves (200, p. 57) lembra que “A vida é o principal direito do ser humano, cabendo ao Estado preservá-lo desde a sua concepção, sendo que nenhum interesse estatal pode superá-lo”.

Destaca-se, ainda, que normas supralegais, constantes de diplomas internacionais sobre direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, também visam garantir essa rede de proteção (BARRETO, 2016; LOLI E., 1996).

No entanto, em que pese o reconhecimento constitucional à proteção à maternidade, à gestante e à lactante e ao nascituro, diante da flexibilização das normas trabalhistas, vários direitos consagrados vêm sendo tolhidos pelo Poder Legislativo, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para a tutela e manutenção de direitos e garantias já conquistados.

3 A REFORMA TRABALHISTA PREVISTA NA LEI N. 13.467/2017 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5.938

Como brevemente exposto anteriormente, o direito do trabalho, principalmente em relação às mulheres, evoluiu de forma gradual e ao longo dos séculos. A partir de grandes mobilizações e da mudança na conduta dos trabalhadores é que esses direitos passaram a ser tutelados pelo Estado.

Entretanto, atualmente, é possível constatar um retrocesso em relação à concretização dos direitos trabalhistas. Há uma tentativa crescente

na mitigação de direitos, resultado de uma imposição da ideologia neoliberal (GOLDSCHMIDT, 2009).

Em face da globalização e das transformações de capital, deu-se início a uma discussão no tocante à flexibilização das normas trabalhistas, visando diminuir o cunho protecionista dos direitos dos trabalhadores.

De acordo com Cunico e Oliveira (2011, p. 29), “o termo flexibilização essencialmente opõe-se ao conceito de rigidez”. Os autores ressaltam também que “A flexibilização no Direito do Trabalho significa tratar diretamente a questão da rigidez legal em um sistema legislativo tradicionalmente assentado em bases positivistas” (CUNICO; OLIVEIRA, 2011, p. 29).

Alguns doutrinadores defendem a flexibilização das normas trabalhistas ao argumento de que somente esta medida seria capaz de preservar a empresa e os empregos dos trabalhadores em tempo de crise. Cassar (2015, p. 68) corrobora com tal afirmativa, ao mencionar que no

134 “confronto travado entre a necessidade de se manter um Estado social de direito e a crise econômica das empresas, a flexibilização se mostra como o melhor meio de composição deste conflito, mas de forma responsável e sem abuso”.

Em contrapartida, Uriarte (2002, p. 55) critica tais entendimentos e ressalta que “A incapacidade do sistema econômico de criar ou manter o emprego tem levado seus cultores a culpar o Direito do Trabalho, que seria um dos obstáculos à sua ação (...)”, desse modo, o autor conclui que a tentativa de minoração de direitos e garantias fundamentais do trabalhador é reflexo da ineficiência econômica e também do desequilíbrio de forças ente capital e trabalho.

Embora a existência de vasta discussão doutrinária a respeito da flexibilização das normas trabalhistas, ela é extremamente atual e pode ser observada a partir de várias inovações legislativas promovidas recentemente, como a Lei n. 13.429/2017, chamada de Lei da Terceirização, e a Lei n. 13.467/2017, também nominada de Reforma Trabalhista, a qual altera diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, mitigando direitos dos trabalhadores.

Entre os direitos relativizados pela Reforma Trabalhista, estão as garantias das mulheres gestantes e lactantes. Sobre tais alterações, deve-se fazer uma breve análise, a fim de constatar a real necessidade e prejudicialidade das inovações.

3.1 O contexto da Reforma Trabalhista na privação de direitos das gestantes e lactantes

Como um reflexo da flexibilização dos direitos dos trabalhadores, a Lei n. 13.467/2017 alterou alguns artigos da Consolidação das Leis do Trabalho demasiadamente importantes para a proteção da mulher gestante e lactante (BRASIL, 2017).

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê, em seu texto, dispositivos relativos à proteção à maternidade. Os artigos 391 e seguintes, da referida norma, tratam da proteção à mulher gestante, lactante e adotante e visam, inclusive, à proteção da criança (BRASIL, 1943).

Anteriormente à Lei n. 13.467/2017, foi editada a Lei n. 13.287/2016, a qual incluiu no texto da Consolidação das Leis do Trabalho a seguinte prerrogativa às mulheres gestantes e lactantes: “Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre” (BRASIL, 1943).

A inovação de cunho claramente protetivo, visava garantir à mulher gestante ou lactante, os direitos à saúde, à segurança, a um ambiente de trabalho sadio, bem como à sua dignidade e à proteção da criança, visto que, segundo o art. 189 da CLT são consideradas atividades insalubres “aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos” (BRASIL, 1943).

Além do mais, a positivação de referido direito, em que pese tenha se dado tardiamente, foi uma conquista das trabalhadoras. A partir da vigência da norma 13.287/2016, as mulheres gestantes e lactantes não poderiam exercer mais qualquer atividade laboral insalubre que colocasse em risco a sua saúde ou a de seu filho.

Todavia, sob o prisma da flexibilização dos direitos trabalhistas a referida norma restou revogada pela Lei n. 13.467/2017. Diante da tendência de redução de direitos com a finalidade de obtenção de maiores lucros pelo empregador, o art. 394-A da CLT foi alterado da seguinte maneira:

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

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

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

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação (BRASIL, 1943).

136 Nota-se que, a partir da Reforma Trabalhista, tornou-se possível o desenvolvimento de atividades laborais consideradas insalubres pela mulher gestante ou lactante. Com efeito, o direito ao afastamento das trabalhadoras em atividades insalubres em grau mínimo ou médio não seria mais automático, decorrente da gestação ou do período da amamentação, para concretizar tal garantia elas deveriam apresentar atestado de saúde que recomendasse o afastamento (BRASIL, 2017).

Esse é um clássico exemplo do resultado da flexibilização dos direitos trabalhistas: a inobservância dos direitos das trabalhadoras, porquanto o art. 394-A e incisos da Consolidação das Leis do Trabalho é contrário a todos os dispositivos constitucionais que visam à saúde, à segurança e à proteção da mulher, da maternidade, da lactante e da criança, dispostos ao longo da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, as atividades laborais desenvolvidas em local insalubre podem causar danos graves à mulher e ao nascituro, que se encontra em desenvolvimento:

A noção de que o organismo materno não protege totalmente o desenvolvimento embrionário de influências ambientais adversas, que prevalece desde a tragédia da talidomida, faz com que mulheres grávidas sejam, via de regra, afastadas de exposições a agentes

físicos e químicos potencialmente nocivos no local de trabalho (PAUMGARTTEN, 2013, p. 1486).

Diante dessa afronta, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos promoveu, em 26-4-2018, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938, na qual buscou a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT.

A ação foi julgada no dia 29 de maio de 2019 e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal merece destaque neste estudo, principalmente com o objetivo de se averiguar os fundamentos utilizados pelos ministros ao decidirem a demanda.

3.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante aos direitos da trabalhadora gestante e lactante

Com o ajuizamento da ADI 5.938, o Supremo Tribunal Federal viu-se obrigado a posicionar-se no tocante à possibilidade, ou não, de a mulher gestante ou lactante exercer suas atividades laborais em local insalubre.

137

Em 30 de abril de 2019, o Ministro Alexandre de Moraes analisou a medida cautelar de suspensão dos efeitos do art. 394-A, incisos II e III, da CLT, requerida na ação supracitada.

Em sede de liminar, o Ministro consignou que a lei se presume constitucional, porquanto elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo e que para concessão da medida cautelar, seria necessário analisar a conveniência da medida (STF, 2019a).

Todavia, o Ministro consignou que estavam preenchidos os requisitos do *fumus boni juris* e o *periculum in mora* necessários para o deferimento da medida cautelar pleiteada. Foi reconhecido em sede de liminar que o texto da lei inovadora expõe as empregadas gestantes a atividades insalubres de grau médio ou mínimo e as empregadas lactantes em atividades insalubres de qualquer grau, o que restou, em juízo perfunctório, considerado uma afronta aos preceitos constitucionais previstos nos artigos 6º, 7º e 227 (STF, 2019a). Do julgado extrai-se:

A proteção a maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento,

impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. Dessa maneira, entendo, em juízo de cognição sumária, que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente (STF, 2019a).

Ainda, interessante destacar que o Ministro Alexandre de Moraes consignou que o STF reconhece a importância da proteção à maternidade e à saúde:

A jurisprudência deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, aliás, reconhece a importância da proteção à maternidade e à saúde, como verificado no julgamento do RE 629.053, sob o regime de repercussão geral, cujo entendimento ficou assim firmado (...). Naquele julgamento (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 27/2/2019), consignei que o conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (STF, 2019a).

No tocante ao perigo da demora, o Ministro destacou que o requisito estaria presente, tendo em vista que as “expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres, o que deve ser obstado desde logo” (STF, 2019a).

Após a concessão da medida cautelar requerida, as partes foram intimadas e deu-se andamento à ADI n. 5.938. Em seguida, pautou-se o julgamento do feito e o Tribunal Pleno decidiu, por maioria de votos, pela procedência da ação (STF, 2019b).

Com base em vários dispositivos previstos na Constituição Federal, os quais visam à proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu que as normas trabalhistas não podem ser alteradas no sentido de retirar direitos e garantias das trabalhadoras gestantes ou lactantes:

A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, confirmou a decisão referente à medida cautelar e consignou em seu voto:

a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança, pois a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador. A imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social, proteção à maternidade, portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade (STF, 2019b).

139

O Ministro ressaltou, ainda, que “a proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico”. Ainda, no posicionamento exarado, há manifesta importância à proteção ao mercado de trabalho da mulher (STF, 2019b).

Importante mencionar que o Ministro Alexandre de Moraes lembrou que o reconhecimento da inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT sequer trará prejuízos ao empregador, já que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante, efetivando-se a compensação prevista no artigo 248 da Constituição Federal, com outras contribuições sociais (STF, 2019b).

Do voto do Ministro Alexandre de Moraes observa-se que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 impõem verdadeiro limite à flexibilização das normas trabalhistas. Da mesma forma, posicionaram-se os demais Ministros, com exceção do Ministro Marco Aurélio, que manifestou voto divergente ao do Relator.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é possível observar que, embora todos os avanços e tentativas de se resguardar o direito dos trabalhadores, em especial das trabalhadoras, há uma constante tentativa de mitigação dessas garantias por parte do Poder Legislativo, responsável pela criação de novas normas que infringem diretamente diversos direitos garantidos com imensa luta por parte das mulheres.

A depreciação dos direitos e garantias consagrados na Constituição Federal, em especial dos direitos relacionados à proteção à maternidade, sob argumento da necessidade de flexibilização das normas trabalhistas é uma realidade no cenário brasileiro. Este quadro dá azo à necessidade da atuação do Poder Judiciário na busca pela tutela de direitos fundamentais, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal.

Dos recentes julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se a busca incessante pela preservação e concretização dos direitos constitucionais, principalmente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a reflexão no tocante aos direitos da trabalhadora gestante e lactante é de extrema importância, pois trata-se de uma questão de tutela à dignidade, não somente do nascituro (a esta nova vida que merece proteção), mas também da trabalhadora. Torna-se importante, então, a promoção de uma resistência a esses declínios e inovações promovidos pela flexibilização das normas trabalhistas, as quais resultam em um verdadeiro retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 out. 2018.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. **Lei n. 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 6 out. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 5.938, Distrito Federal**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Data da decisão: 30/04/2019a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000410940&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.938, Distrito Federal**. Relator Min. Celso de Mello. Data da decisão: 28/05/2019b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000418840&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 1º jun. 2019.

BARRETO, Lilah de M. **Feminismo Pós-colonial na América latina**: uma proposta de apropriação contra-hegemônica dos Direitos Humanos. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). *Novos Direitos na América Latina: um estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio Direito*. São Luis: EDUFMA, 2016. p. 21-42.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTR, 2000.

CUNICO, Dayane Souza; OLIVEIRA, Lourival J. de. Os limites da flexibilização no direito do trabalho sob uma perspectiva constitucional. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 14, n.1, 2011, p. 23-44. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/4128>>. Acesso em: 15 maio 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: Editora LTR, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; RENCK, Maria Helena Pinheiro. **Discriminação contra**

as mulheres no trabalho e ações afirmativas. Curitiba: Multideia, 2016.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; RIGONI, Carliana L. Políticas públicas de proteção e incentivo ao trabalho da mulher. **Revista AJURIS**. Porto Alegre, v. 42, n. 139, 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/416/Ajuris139_DT3.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

LOLI E., Silvia. Evaluación de La Vigencia de los Derechos Humanos de las Mujeres en América latina. **El outro Derecho**, Bogotá: ILSA, v.7, n. 3, 21, 1996, p. 93-126.

LUZ, A. F. da et al. A evolução histórica dos direitos da mulher sob a ótica do direito do trabalho. In: Seminário Nacional de Ciência Política: a construção da ciência política na América Latina, 2009, Porto Alegre, RS. **Anais...** Porto Alegre: UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigoalex.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAUMGARTTEN, Francisco José Roma. **Doenças da reprodução e malformações congênitas relacionadas com o trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2013.

PEREIRA, M. da C. M. **Visão crítica do artigo 394-A da CLT: Proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5521/2787>>. Acesso em: 15 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Fernanda H. Macedo; MARCARI, Elisângela; FONSECA, Josimar R. A evolução dos direitos trabalhistas das mulheres sob o prisma dos limites da flexibilização no direito do trabalho. **Científic@ - Multidisciplinary Journal**. Goianésia: Faculdade Evangélica de Goianésia, v.2, n. 4, 2017, p. 116-136. Disponível em: <<http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/cientifica/article/view/2295/2151>>. Acesso em: 15 maio 2019.

URIARTE, Oscar Ermida. **A Flexibilidade**. Tradução de Edilson Alkimin. São Paulo: LTr, 2002.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/26998>>. Acesso em: 4 jul. 2018.



LIMITES À VALIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Flávia Budal Guenther¹

Resumo: Trata-se de estudo voltado a analisar os limites jurídicos da terceirização de serviços no cenário jurídico atual, tendo em conta a consagração do entendimento de que “é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada” (RE 958252), com repercussão geral reconhecida, e, no mesmo sentido, a tese firmada na Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) 324, a qual, na forma do art. 102, §2º, da Constituição da República de 1988 e do art. 927, inciso I, do Código Civil, vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta. A partir desse novo cenário jurídico, pretende-se desvelar o que de fato foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal e quais os limites jurídicos para a validade da contratação da terceirização de serviços, considerando o disposto na Lei n. 6.019/1974 após a alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017.

145

Palavras-chave: Terceirização de serviços. Intermediação de mão de obra. Subordinação. Dignidade.

1 INTRODUÇÃO

O critério amplamente adotado ao longo dos últimos anos pela jurisprudência trabalhista para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, qual seja, se a atividade transferida é considerada meio ou fim à realização empresarial da tomadora dos serviços, consagrado na Súmula n. 331, item III, do Tribunal Superior do Trabalho, baseia-se em processo interpretativo normativo dedutivo, a partir: a) de três normas gerais da CLT que estabelecem os conceitos legais de empregador e empregado (arts. 2º e 3º

¹ Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Analista Judiciária. Assistente da Desembargadora Lília Leonor Abreu no TRT12.

da CLT) e a vedação à fraude na configuração desse vínculo (art. 9º da CLT); b) da norma internacional que veda a mercantilização do trabalho humano (Declaração de Filadélfia de 1944, relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, item I, “a”); e c) da presunção de esvaziamento da função constitucional da empresa pela subcontratação de atividade relacionada à execução do seu objeto social (arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CRFB e art. 966 do Código Civil).

Ocorre que, no dia 30-8-2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja em atividade-meio seja em atividade-fim, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida.

A tese de repercussão geral aprovada pelo STF no julgamento do RE 958252 está assim definida: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”

Na ADPF 324, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.
2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

Ambas as ações foram propostas antes do início da vigência da alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.467/2017 na Lei n. 6.019/1974, que passou a prever, no *caput* do seu art. 4º-A, a possibilidade de transferência da prestação de serviços de qualquer atividade, incluída aquela principal da contratante.

A partir desse novo cenário jurídico, pretende-se desvelar o que de fato foi decidido e quais os limites da licitude da terceirização de serviços, tendo em conta que, na forma do art. 102, §2º, da Constituição da República de 1988 e o art. 927, inciso I, do Código Civil, o resultado do

julgamento do Supremo Tribunal Federal vincula não só o Poder Judiciário, mas, também, a Administração Pública direta e indireta.

Isso porque o critério adotado ao longo dos últimos anos pela jurisprudência trabalhista para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, qual seja, se a atividade transferida é considerada meio ou fim à realização empresarial da tomadora dos serviços, passa a ser insuficiente na verificação dos limites jurídicos à licitude da terceirização dos serviços, o que não importa se entender pela ausência de qualquer limitação. Cabe ao intérprete e aplicador da norma, pois, a tarefa de verificar quais são esses limites, diante do novo cenário jurídico, à validade da contratação de prestação de serviços por empresa interposta.

2 TERCEIRIZAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA. LIMITAÇÃO PELO NÍVEL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E PELA ESPECIALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS OU PRODUTOS FORNECIDOS

147

A ideia de terceirização tal qual concebida atualmente surge no período da Segunda Guerra Mundial, momento no qual as empresas produtoras de armas, sobrecarregadas com a demanda, passaram a subcontratar serviços relacionados a atividades-meio, a fim de concentrar a própria atividade empresarial na produção de armas (MARTINS, 2018, p. 22). O fenômeno da terceirização nasce, pois, como estratégia na forma de administração das empresas, de modo a estabelecer modelo de gestão empresarial, possibilitando a contratação de uma empresa prestadora de serviços para a realização de atividades específicas da tomadora, cujo objetivo principal é trazer agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa, com o melhor aproveitamento do seu processo produtivo (MARTINS, 2018, pp. 31-32).

Ocorre que das novas formas de organização da produção, sempre voltadas à maximização dos lucros e redução de custos, decorrem as mudanças na estruturação das empresas e nas formas de prestação do trabalho. Nesse sentido, a transição do modelo taylorista-fordista – caracterizado pela organização de tarefas de trabalho decompostas para o máximo aproveitamento dos movimentos dos operários e a concentração de

todas as etapas da produção em um mesmo local - para o modelo toyotista - resultante da revolução nos meios de comunicação, da globalização e da saturação do mercado de consumo – é marcada pelo surgimento de um regime de acumulação de capital flexível, pela organização descentralizada e horizontalizada da estruturação da empresa e pela descentralização de parte da sua produção a outras empresas, com ênfase na ideia de “empresa enxuta” (CARELLI, 2000, pp. 27-47).

Surge, pois, com a consolidação do modelo toyotista uma nova forma de terceirização, de etapas da cadeia produtiva, ligadas ao objeto social empresarial ou à atividade principal da empresa terceirizante, também denominada de *outsourcing* ou *offshoring*, esta quando em referência à descentralização da atividade produtiva ao redor do globo, com o objetivo de reduzir os custos da produção (MIZIARA, 2019, p. 149).

148 A terceirização não é um instituto jurídico, tratando-se de técnica administrativa para possibilitar a especialização dos serviços empresariais, podendo ser conceituada como “o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa” (CARELLI, 2000, pp. 59-60).

Para o Direito do Trabalho, a “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente” (DELGADO, 2018, p. 534). Por meio dela, o trabalhador se insere no processo produtivo do tomador de serviços sem que a ele se estendam os laços justralhistas da empresa que se beneficia do trabalho prestado, caracterizando-se, pois, como modalidade de exceção na contratação da força de trabalho.

Nessa perspectiva, cabe ressaltar que o direito ao trabalho é garantido constitucionalmente como direito social fundamental (art. 6º), constando a sua valorização como princípio fundamental da República (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*), sendo o primado do trabalho base da ordem social (art. 193), o que conduz à conclusão de que o ordenamento jurídico se orienta necessariamente pela valorização do trabalho e do trabalhador. Desse modo, a Constituição de 1988, ao prever o direito social fundamental ao trabalho, implicitamente compreende nesse

direito o trabalho digno, ou seja, “o direito a um trabalho minimamente protegido” [...] “capaz de viabilizar a emancipação do trabalhador, além de sua identidade social e coletiva” (DELGADO, 2013, p. 254).

Portanto, o trabalho não representa na ordem jurídica mero recurso econômico destinado à subsistência do indivíduo, mas fator de promoção da dignidade humana, de sua inclusão social, possibilitando a integração do indivíduo à sua comunidade.

Destaco, nesse sentido, da doutrina de Lorena Vasconcelos Porto:

O trabalho não é apenas fonte de subsistência, mas meio por excelência de realização pessoal e de integração comunitária, social e política, o que somente ocorre quando é exercido com dignidade. Desse modo, ao assegurar o direito fundamental ao trabalho, a Constituição Federal de 1988 está se referindo, necessariamente, ao trabalho digno, excluindo todas as formas de degradação e coisificação do ser humano e, portanto, a terceirização sem limites. (PORTO, 2014, p. 162)

A terceirização de serviços encontra limites, assim, na especialização dos serviços contratados ou produtos fornecidos, ou seja, na realização de serviços específicos para os quais a empresa prestadora dos serviços foi contratada, podendo importar redução dos encargos trabalhistas exclusivamente em decorrência da supressão de custos operacionais relativos ao serviço especializado, e não da precarização das condições de trabalho.

Os limites para a validade da terceirização de serviços são delineados, também, por Jorge Luiz Souto Maior:

[...] a terceirização só se concretiza, validamente, no sentido de manter a relação de emprego entre os trabalhadores e a empresa prestadora quando a prestadora de serviços possua uma atividade empresarial própria, assumindo o risco econômico, que é próprio da atividade empresarial, e a sua contratação se destine à realização de serviços especializados, isto é, serviços que não sejam indispensáveis ou permanentes no desenvolvimento da atividade produtiva da empresa contratante (tomadora), configurando-se, por isso, uma situação excepcional e com duração determinada dentro do contexto empresarial da empresa tomadora (SOUTO MAIOR, 2004, p. 123).

Ademais, a utilização da terceirização como técnica administrativa que visa possibilitar a especialização dos serviços empresariais e, por

consequência, a eficiência da produção, encontra limites no nível da prestação de serviços, ou seja, é cabível a contratação de serviço terceirizado, mas não a contratação de fornecimento de mão de obra.

Nesse sentido, consolidou-se o entendimento consubstanciado no item I da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário”.

No âmbito internacional, a mercantilização do trabalho humano é expressamente vedada pela Declaração de Filadélfia de 1944, relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho (item I, “a”), da qual o Brasil é membro fundador e participa da Conferência Internacional do Trabalho, principal órgão da entidade, desde sua primeira reunião. E a proibição da mercantilização do trabalho decorre da constatação fática que não se pode separar o trabalho do indivíduo que o exerce, de modo que a dignidade humana há ser o vetor axiológico na solução do aparente conflito entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CRFB).

150

Nessa perspectiva, cabe ao aplicador do Direito verificar a existência, ou não, de fraude à legislação trabalhista (art. 9º da CLT), quando não se caracterizar verdadeira terceirização de serviços, mas intermediação de mão de obra travestida de terceirização, esta vedada pelo ordenamento jurídico. Verifica-se, pois, que o critério amplamente adotado ao longo dos últimos anos pela jurisprudência trabalhista para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, qual seja, se a atividade transferida é considerada meio ou fim à realização empresarial da tomadora dos serviços, deve ser considerado secundário, sendo limite essencial à caracterização da verdadeira terceirização que não se configure a mera intermediação de mão de obra.

Conforme explica Gustavo Filipe Barbosa Garcia, “a terceirização deve envolver a prestação de serviços e não o fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta” (GARCIA, 2017, p. 56).

Sérgio Pinto Martins, no mesmo sentido, verifica que a solução do problema está na configuração da intermediação de mão de obra: “a terceirização ilícita implica a locação permanente de serviços, o fornecimento de mão de obra mais barata, com redução de salário e desvirtuamento da

relação de emprego” (MARTINS, 2018, p. 220).

Isso porque a possibilidade de terceirização de serviços deve ser entendida como a entrega de atividade periférica e específica a empresa especializada, para a prestação de serviços autônomos. Não existe, contudo, autorização legal para a terceirização de mão de obra, ou seja, o fornecimento de trabalhadores para atuação para a empresa tomadora dos serviços, com vistas à mera redução de encargos trabalhistas, o que implica precarização das condições de trabalho e violação ao direito de dignidade dos trabalhadores.

A intermediação de mão de obra é vedada pela ordem jurídica internacional e interna, porquanto causa ruptura no sistema jurídico trabalhista e possibilita que o homem seja tratado como um artigo de comércio, podendo ser livremente negociado, o que viola a centralidade do trabalho na ordem jurídica e seu papel referencial na construção da dignidade humana (artigos 1º, III e IV; 6º, 170, *caput*; e 193 da CRFB).

Os elementos, ou indícios, demonstradores da intermediação de mão de obra podem ser, essencialmente, reduzidos a três: a) gestão do trabalho pela tomadora dos serviços, indicador perfeito da existência de subordinação jurídica; b) falta de especialização da empresa contratada para um saber específico, distinto daquele que detém a contratante; e c) prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços, ou seja, o objeto contratual não pode se satisfazer com o mero emprego de mão de obra, sendo necessário conhecimento técnico específico e estrutura de apoio operacional com a utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato (CARELLI, 2000, pp. 95-105).

Há ressaltar que, muito embora aparentemente o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 958252 e ADPF 324 tenha buscado tornar claro que a legalidade da terceirização de serviços, ou da atividade, não está relacionada à dicotomia entre atividades-meio e atividades-fim, não se vislumbra do entendimento firmado a autorização para o mero fornecimento de mão de obra, hipótese que permanece vedada pela ordem jurídica.

Assim, configurada a mera intermediação de mão de obra, ambas as empresas devem responder solidariamente pelo dano do trabalhador decorrente da terceirização ilícita, na forma do art. 942 do Código Civil

(aplicável na forma do art. 8º, §1º, da CLT), em virtude de terem ambas participado da lesão imposta ao direito do trabalhador.

3 CARACTERIZAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA FRENTE ÀS NOVAS FORMAS DE TRABALHO. LIMITAÇÃO PELA OCORRÊNCIA DE PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO

Sucessivas revoluções no modo de exploração do trabalho humano, desde a escravidão, passando pela servidão até o trabalho “livre”, mostraram-se como simples adaptações às novas organizações econômico-sociais, de modo a compatibilizar técnicas mais adequadas e economicamente mais eficientes de exploração do trabalho humano ao modo de organização social então vigente. Assim, com a Revolução Industrial se consolida o capitalismo e, como forma de legitimar a exploração do trabalhador “livre” e estratégia para se racionalizar e potencializar a produção, surge a figura do trabalho subordinado, ou seja, a sujeição do trabalhador à organização da atividade produtiva (CARELLI, 2013, pp. 234-235).

152

Nesse contexto, importa destacar que o desenvolvimento no modo de exploração do trabalho humano faz emergir novas formas de relacionamento entre capital e trabalho e permite que os vários aspectos da prestação laboral se tornem flexíveis, sem prejuízo da direção e controle pelo empregador, tornando-os, ao mesmo tempo, mais intensos e eficientes, e menos visíveis (PORTO, 2014, p. 151).

Cabe ao Direito do Trabalho, pois, o papel de instrumento mediante o qual se equilibram capital e trabalho na sociedade contemporânea. Marcado pela nota da ambiguidade, por um lado visa a garantir um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores de modo a lhes assegurar dignidade no contexto da relação empregatícia; por outro, legitima a exploração do trabalho humano e a apropriação do lucro dele resultante por outrem (CARELLI, 2013, p. 233).

A estrutura da ordem jurídica trabalhista é formada, assim, por dois pilares: o princípio da proteção - relativizando a autonomia privada contratual por meio da imposição de normas cogentes, de ordem pública,

diante da natural hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica -; e a determinação legal da identidade do empregado e do empregador, pois vige no Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade, impossibilitando a burla dos direitos trabalhistas pela fuga da conceituação dos sujeitos da relação empregatícia (CARELLI, 2000, pp. 63-65). Essa estrutura visa, essencialmente, assegurar a concorrência leal entre as empresas e entre os trabalhadores, diante da necessidade de preservação de um núcleo mínimo de direitos destes, com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana no contexto da relação empregatícia.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 prevê no art. 7º, inciso I, a relação de emprego socialmente protegida como direito fundamental e regra geral na contratação da força de trabalho, conformada historicamente a partir do elemento-base da subordinação, o qual representa a chave de acesso aos direitos e garantias trabalhistas. Os mandamentos da Constituição de 1988 de valorização do trabalho e que asseguram a dignidade da pessoa humana impõem, pois, uma releitura ampliativa, teleológica e universalizante do conceito de subordinação, de modo a conferir proteção jurídica ao trabalhador subordinado e economicamente hipossuficiente, ampliando o âmbito de incidência do Direito do Trabalho, e a concretizar o princípio da proteção que lhe é peculiar.

153

Passa-se, assim, a conceituar o elemento principal à caracterização da relação empregatícia, de modo a identificar os requisitos essenciais à configuração da subordinação, desde a sua acepção clássica ou tradicional até a ideia universalizante do conceito.

A subordinação clássica, típica do modelo taylorista-fordista, caracteriza-se pela heterodireção forte e constante da prestação dos serviços, com intenso acolhimento de ordens do tomador dos serviços pelo trabalhador e submissão desse a uma estrutura hierárquica e rígida. Esse modelo de produção, antes rentável e eficiente, deixou de sê-lo, em razão das mudanças na economia e no modo de produzir, não tendo sido alterada historicamente, contudo, a relação substancial de dependência econômica entre os sujeitos da relação de trabalho que fundamenta a tutela protetiva do trabalhador.

A subordinação objetiva, por sua vez, caracteriza-se pela “integração

do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador dos serviços” (DELGADO, 2018, p. 352), vinculando-se a subordinação a um critério objetivo, qual seja, a integração do trabalho prestado a uma atividade empresarial, traduzindo uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa.

Nessa perspectiva, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, a discussão acerca das transformações na estrutura do mercado de trabalho e do encobrimento da relação de emprego, com rebaixamento dos custos trabalhistas e prejuízo aos interesses dos obreiros, tomou forma na Recomendação n. 198 de 2006. Para fins de verificação acerca da existência de uma relação de trabalho, a Recomendação prevê que devem ser considerados principalmente os fatos relativos à execução do trabalho, consagrando, assim, o princípio da primazia da realidade (art. 9º). Consagra, ainda, a presunção legal da existência de uma relação de trabalho quando se verifiquem um ou mais indícios nesse sentido (art. 11), entre eles, a integração do trabalhador na organização da empresa (art. 13, “a”), o que aponta para uma ideia de subordinação objetiva.

154

Mauricio Godinho Delgado propõe ainda, em superação do conceito clássico de subordinação, a tese da subordinação estrutural, nos seguintes termos:

Estrutural é [...] a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonizar (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador dos serviços. (DELGADO, 2018, p. 352)

Cabe destacar que enquanto a doutrina italiana e a brasileira parecem se limitar a caracterizar a subordinação pela intensidade de sujeição do trabalhador ao controle da execução da prestação dos serviços, o que levou o Direito italiano a definir a figura da parassubordinação, com a correspondente atribuição de um patamar inferior de direitos, a doutrina espanhola verificou a insuficiência do conceito de subordinação, relacionando-a à alienação que se origina do contrato de trabalho (PORTO,

2009, pp. 220-231).

Parte a doutrina espanhola do pressuposto que o objeto do Direito do Trabalho é o trabalho por conta alheia, o que significa que os serviços prestados pelo trabalhador o são em benefício de outra pessoa, o empregador, que adquire tanto o direito ao trabalho prestado como a titularidade originária dos seus frutos por meio do contrato de trabalho, o que decorre da própria essência desse tipo especial de contrato. Assim, a subordinação corresponderia à alienação, traduzindo a transferência automática do resultado do trabalho daquele que o prestou a outra pessoa distinta, o que implica a alienação de todos os resultados desse trabalho: utilidade patrimonial e riscos de lucro ou prejuízo dele decorrente (PORTO, 2009, pp. 236-238).

Assim, o conceito de subordinação integrativa, concebido por Lorena Vasconcelos Porto, conjuga a noção de subordinação objetiva e de alienação, ou de critérios que excluem a autonomia da prestação dos serviços:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta atividade. (PORTO, 2009, p. 253)

Essa noção de subordinação integrativa se compatibiliza com a ideia de alteridade como requisito do vínculo de emprego, a qual obriga que todos os riscos da atividade econômica sejam suportados pelo empregador, na forma do art. 2º da CLT. Desse modo, a verificação da inexistência de autonomia na prestação de serviços passa a ser fundamental na caracterização da subordinação e, portanto, na definição do real empregador do trabalhador.

Assim, na qualificação das relações de trabalho controvertidas, o método de análise acerca da presença da subordinação na prestação laborativa deve primar, prioritariamente, pela verificação casuística de subordinação clássica, com a constatação de efetivas e intensas ordens patronais. Caso essa dimensão clássica não se faça presente, parte-se para uma noção mais ampla, com a análise da subordinação objetiva, estrutural ou integrativa,

preferindo-se esta última em virtude da conjugação a critérios que excluem a autonomia na prestação de trabalho.

De outro lado, e no mesmo sentido, a licitude da terceirização está limitada pela incoerência de pessoalidade entre o trabalhador e a empresa tomadora dos seus serviços, ou seja, pela potencial fungibilidade com relação ao prestador de serviços, de modo que seja possível a substituição intermitente de um trabalhador por outro ao longo da concretização dos serviços prestados.

Explica, quanto a esse aspecto, Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

No que se refere à empresa tomadora, não deve importar a pessoalidade quanto a quem está efetivamente prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade especializada contratada, sendo irrelevante a substituição de trabalhadores da prestadora. O ente tomador, na terceirização, contrata o serviço empresarial especializado, mas não a mão de obra ou certo trabalhador. (GARCIA, 2017, p. 58)

¹⁵⁶ A limitação da liberdade contratual do trabalho, base de criação do Direito do Trabalho pela sua regência por normas cogentes, impõe que, presentes os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação trabalhista (artigos 2º e 3º da CLT) na contratação da terceirização de serviços entre o trabalhador e o tomador desses serviços, o vínculo jurídico empregatício seja formado com o real empregador.

Portanto, permanecem - no cenário jurídico atual pós-Reforma Trabalhista e pós-decisões vinculantes prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria - como limites à licitude da terceirização de serviços a caracterização de quaisquer das espécies de subordinação expostas, ou a pessoalidade na prestação dos serviços.

4 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.467/2017 E DECISÕES PROFERIDAS PELO STF NO RE 958252 E ADPF 324. LIMITAÇÃO À VALIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL

Em 30-8-2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja em atividade-

meio seja em atividade-fim (RE 958252 e ADPF 324).

Em ambos processos levados a julgamento (ADPF 324 e RE 958252) a discussão gira em torno da constitucionalidade, ou não, da vedação da terceirização de atividades-fim, em contraste com a permissão nas atividades-meio, conforme consolidado na Súmula 331 do TST.

Essas ações foram propostas antes do início da vigência da alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.467/2017 na Lei n. 6.019/1974, que passou a prever no *caput* do seu art. 4º-A:

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

A vedação da intermediação de mão de obra persiste, contudo, tanto pelas teses prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo texto do artigo 4º-A, *caput*, transcrito, e §1º, da Lei 6.019/1974, que autoriza a transferência pela contratante da execução de qualquer de suas atividades a pessoa jurídica diversa, autônoma, que contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores. A licitude da transferência da execução de atividade à empresa prestadora de serviços pressupõe, pois, a contratação de atividade, devendo o foco da prestação dos serviços estar na empresa e nas tarefas por esta realizadas, e não nos trabalhadores.

Nesse sentido, o mero fornecimento de mão de obra, por resultar em fraude ao vínculo de emprego com o real empregador, e em violação ao valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV, da CRFB) e à vedação de mercantilização do trabalho (Declaração de Filadélfia da OIT, item 1, “a”), permanece vedado.

De outro lado, na forma do §1º do art. 4º da Lei, caso os trabalhadores sejam dirigidos, remunerados ou contratados pelo tomador de serviços, estará configurada a subordinação daqueles à empresa terceirizante, sua real empregadora. Assim é que o poder de direção deve ser exercido pela empresa contratada, prestadora dos serviços, pois caso presentes os requisitos da relação de emprego em relação ao tomador de serviços, principalmente se caracterizada a subordinação sob quaisquer de suas

espécies ou a personalidade na prestação dos serviços, desautorizada estará a terceirização, pelo descumprimento dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT.

Também a especialização dos serviços subcontratados resiste como limite explícito à caracterização da licitude da terceirização, o que se verifica da leitura conjunta do §1º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974: “É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços” e do art. 5º-B da mesma Lei, que prevê que o contrato de prestação de serviços deve conter a “especificação do serviço a ser prestado” (inciso III). Assim, a terceirização somente está autorizada relativamente ao objeto especificado no contrato com a empresa prestadora de serviços, a qual deve possuir conhecimento técnico e estrutura de apoio operacional com a utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato de forma autônoma. Não se admite, pois, a terceirização de atividades sem especificação, de prestação de serviços genéricos.

Verifica-se, ademais, da leitura dos artigos 4º-A e 5º-A, §1º, da Lei n. 6.019/1974, que a validade da prestação de serviços a terceiros pressupõe a efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviço e a execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço e sem utilização para finalidade distinta da prevista no contrato de trabalho. Extrai-se do dispositivo a necessidade de que a empresa contratada seja unidade distinta da contratante, passível de ser reconhecida por sua identidade formal e material específica, como pessoa jurídica dotada de organização e interesses próprios, desvinculados daqueles da empresa contratante. Esse traço também se vislumbra na necessidade de que a prestação de serviços ocorra por meio de pessoa jurídica em funcionamento (art. 4º-A e art. 4º-B, inc. I e II).

A prestação de serviços regulamentada pela Lei 6.019/1974 não veicula, portanto, a possibilidade de convênio ou consórcio empresarial, em que as empresas comungam de interesses comuns, o que configuraria grupo econômico ou consórcio empresarial, com a conseqüente responsabilização solidária entre as empresas pelas obrigações trabalhistas (art. 2º, §2º, da CLT). Desse modo, à empresa contratada, prestadora dos serviços, cabe o controle do processo de produção, sem interferência da contratante,

tomadora dos serviços, exigindo-se desta autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística; à tomadora de serviços, cabe, por sua vez, exclusivamente o controle finalístico do resultado útil do serviço.

Há ressaltar, ainda, que a nova legislação impõe, expressamente, como elemento caracterizador da prestação de serviços, e, portanto, limite à licitude da contratação de serviços terceirizados, a capacidade econômica da prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato (arts. 4º-A), o que se compatibiliza com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na tese da ADPF 324.

E essa exigência de capacidade econômica compatível com a execução do contrato não se confunde com o requisito formal para funcionamento da empresa de prestação de serviços de que trata o art. 4º-B, inciso III, da Lei 6.019/1974, relativo ao capital social proporcional ao número de empregados. Isso porque o capital social se caracteriza como o fundo patrimonial inicial da pessoa jurídica; o patrimônio líquido da empresa, de outro lado, representa o capital que pode ser contabilizado, que está disponível e que garante a satisfação dos compromissos empresariais perante os credores.

Nessa toada, e tendo em conta que o contrato de trabalho é de trato sucessivo, há destacar que a capacidade econômica da prestadora deve ser aferida pela contratante não somente em relação à observância do capital social mínimo no momento da contratação, cabendo a verificação da idoneidade e da capacidade econômica da contratada ao longo da execução do contrato, como requisito de funcionamento, a ser observado com vistas a assegurar o cumprimento de todos os compromissos decorrentes da atividade contratada. Exige-se, portanto, que o patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que inclui a satisfação de todas as obrigações decorrentes da execução da atividade.

E essa aferição da capacidade econômica para a execução do contrato depende, de início, do preço do serviço pactuado, o deve abranger a totalidade dos custos operacionais do contrato, em valores condizentes com a realidade, sendo necessária a repactuação do preço sempre que custos adicionais sobrevierem, por exemplo, em decorrência da celebração de novos

instrumentos negociais, em observância ao equilíbrio econômico contratual (SOUZA, 2017, p. 29).

Cabe, ademais, à empresa contratante verificar se aquela contratada não é sabidamente inidônea, pois devedora habitual e sistemática de obrigações trabalhistas, previdenciárias e/ou fiscais, o que, independentemente da pactuação de preço compatível, não será capaz de afastar o risco da inexecução contratual, dada a insolvabilidade econômica da empresa contratada (SOUZA, 2017, pp. 30-31).

No mais, a perda da capacidade econômica da empresa prestadora de serviço justifica a invalidade superveniente do contrato, o que deve ensejar postura responsável da empresa contratante, sob pena de configuração de intermediação ilícita de mão de obra pela transferência da execução da atividade a pessoa jurídica destituída de capacidade econômica.

Nesse sentido, visando preservar o adimplemento contratual, cabe à empresa contratante: a) exigir garantia da empresa contratada para a satisfação das obrigações contratuais, o que corresponde à recuperação da capacidade econômica, na forma do art. 477 do Código Civil; ou b) promover a resolução do contrato por inadimplemento, conforme previsto no art. 475 do Código Civil. A omissão pela empresa contratante resulta na caracterização do vínculo entre ela e os trabalhadores ante o dever obrigacional de fiscalização do correto cumprimento do contrato firmado e a caracterização de ilicitude ulterior na transferência da atividade terceirizada (SOUZA, 2017, pp. 31-32).

Há destacar, ainda, outros requisitos previstos na Lei n. 6.019/1974 para que a terceirização seja considerada regular, quais sejam, a formalização de contrato escrito, cujo conteúdo deve abranger os requisitos descritos no art. 5º-B da Lei; e a quarentena de dezoito meses para a recontração de trabalhadores por meio de contratos de prestação de serviços, sejam como sócios das contratadas, seja como empregados da prestadora de serviços (art. 5º-C).

Por fim, há destacar acórdão prolatado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que bem ilustra a necessidade de aferição dos limites à validade da contratação de serviços terceirizados no cenário jurídico atual:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. JULGAMENTO ANTERIOR PELA TURMA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA VERIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B DO CPC/1973 (ART. 1.041, *CAPUT*, §1º, DO CPC/2015). TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETAMENTE COM A EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. PRESENTES OS REQUISITOS DOS ARTS. 2º E 3º DA CLT. SÚMULA 331, I, DO TST. 1. O Tribunal Regional concluiu pela ilicitude da terceirização de serviços, ao fundamento de que houve fraude na intermediação de mão-de-obra. Consignou que as atividades desenvolvidas pela Reclamante estão inseridas na atividade-fim da tomadora de serviços, bem como que restaram comprovados os elementos configuradores da relação de emprego. Nesse contexto, a Corte de origem manteve a sentença em que reconhecido o vínculo empregatício com a segunda Reclamada (TNL PCS S.A.), com amparo na Súmula 331, itens I e III, parte final, do TST. 2. Interposto agravo regimental pela segunda Reclamada, em face da decisão em que negado provimento ao agravo de instrumento, este Colegiado, nos termos do acórdão às fls. 722/728, negou-lhe provimento, sob o fundamento de que o acórdão do Tribunal Regional, no sentido de considerar ilícita a terceirização, encontrava-se em consonância com a Súmula 331, I, do TST. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 30/8/2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 e o Recurso Extraordinário 958.252, com repercussão geral e efeito vinculante, firmou entendimento no sentido de ser lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se estabelecendo relação de emprego entre o tomador de serviços e o empregado da empresa prestadora. 4. No caso concreto, todavia, ainda que se considere lícito o objeto da terceirização, o fato é que restou evidenciada a existência de onerosidade, pessoalidade, habitualidade e subordinação direta capaz de atrair o reconhecimento do vínculo de emprego direto com a tomadora, nos termos da Súmula 331, I, do TST. De se notar que o STF, ao reconhecer lícita a possibilidade de terceirização das atividades finalísticas ou das componentes do “core business” das empresas, não chancelou a fraude advinda da assunção pela empresa contratante do poder diretivo inerente à figura do empregador. Afinal, essa singular situação de fraude não foi considerada no julgamento proferido pela excelsa Corte, nem tampouco as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 impuseram a revogação dos artigos 2º, 3º e 9º, todos da CLT, nos quais, além de fixados os conceitos de empregador e

empregado, está assentada a nulidade absoluta de todos os atos que impeçam a vigência dos dispositivos da legislação social. Em síntese, a possibilidade de ampla terceirização, reconhecida pela Excelsa Corte e pelo legislador ordinário, não autoriza a fusão das figuras do contratante de serviços terceirizados e da própria empresa de prestação desses serviços. Desse modo, para se alcançar conclusão em sentido diverso, seria necessário revolver fatos e provas, o que não é possível ante o óbice de que trata a Súmula 126 deste TST. 5. Logo, deve ser mantida a decisão em que negado provimento ao agravo de instrumento da segunda Reclamada, sem efetuar o juízo de retratação de que trata o art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.041, § 1º, do CPC/2015), determinando-se a devolução dos autos à Vice-Presidência desta Corte, para que prossiga no exame de admissibilidade do recurso extraordinário, como entender de direito (Ag-AIRR-1043-96.2012.5.03.0048, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 28-6-2019).

Verifica-se, portanto, que não há, seja anteriormente às decisões vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal referidas e à vigência da Lei 13.467/2017, seja no cenário jurídico atual, autorização para a terceirização de forma ampla, sem qualquer limitação. Impõe-se, contudo, no contexto atual, maior esforço argumentativo por parte do intérprete e aplicador do Direito a fim de verificar, tópica e casuisticamente, o extrapolamento dos limites jurídicos à terceirização dos serviços, para além da dicotomia entre atividade-meio e atividade-fim, o que, afinal, confere legitimidade à prestação jurisdicional e se conforma com o dever de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988.

162

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958252, com repercussão geral reconhecida, bem como da alteração normativa verificada após o início da vigência da Lei n. 13.467/2017, conclui-se que não há na ordem jurídica autorização ampla e irrestrita para a terceirização de serviços. Ao revés, verificam-se diversos limites à validade da contratação da prestação de serviços, previstos na Declaração da Filadélfia da OIT, na Constituição de 1988, na Consolidação das Leis Trabalhistas e na própria Lei n. 6.019/1974, os quais devem ser observados, sob pena de caracterização de fraude.

Cabe ao intérprete e ao aplicador do Direito ultrapassar a análise do critério amplamente adotado ao longo dos últimos anos pela jurisprudência trabalhista para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, qual seja, se a atividade transferida é considerada meio ou fim à realização empresarial da tomadora dos serviços, consagrado na Súmula n. 331, item III, do Tribunal Superior do Trabalho, e adentrar as circunstâncias do caso concreto, verificando topicamente se os limites jurídicos de validade da contratação da prestação de serviços foram ultrapassados.

Nessa perspectiva, resistem como fatores limitativos à validade da contratação de serviços terceirizados: a) a caracterização da mera intermediação de mão de obra, de modo que a terceirização deve estar focada para a empresa contratada e as tarefas realizadas por essa, e não os trabalhadores; b) a presença, no caso concreto, dos elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação trabalhista (artigos 2º e 3º da CLT) na contratação da terceirização de serviços entre o trabalhador e o tomador desses serviços, em especial a caracterização de quaisquer das espécies de subordinação jurídica, ou a pessoalidade na prestação dos serviços; c) a especialização dos serviços subcontratados, não se admitindo a terceirização de atividades sem especificação, de prestação de serviços genéricos; d) a execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, como pessoa jurídica dotada de organização e interesses próprios, desvinculados daqueles da empresa contratante; e) a capacidade econômica da empresa contratada compatível com a execução do contrato, o que não se confunde com o requisito formal para funcionamento da empresa de prestação de serviços de que trata o art. 4º-B, inciso III, da Lei 6.019/1974, relativo ao capital social proporcional ao número de empregados, capacidade essa que deve ser aferida pela contratante durante toda a execução do contrato; f) a formalização de contrato escrito, cujo conteúdo deve abranger os requisitos descritos no art. 5º-B da Lei; e g) a quarentena de dezoito meses para a recontração de trabalhadores por meio de contratos de prestação de serviços, sejam como sócios das contratadas, seja como empregados da prestadora de serviços (art. 5º-C da Lei n. 6.019/1974).

O maior esforço argumentativo do intérprete e aplicador do Direito certamente será compensado pela legitimidade conferida à prestação jurisdicional decorrente.

REFERÊNCIAS

- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como intermediação de mão de obra**. 2000. Disponível em: <<https://rodrigocarelli.org/2017/02/06/terceirizacao-como-intermediacao-de-mao-de-obra/>, 2000>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- _____. A Terceirização no Século XXI. **Revista TST**, Brasília, vol. 79, n. 4, out./dez. 2013, pp. 232-244.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: REIS, Daniela Murads; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coords.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado**. São Paulo, LTr, 2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização no Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO. **Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho**. Orientações 16, 17, 18, 19 e 20. Data de aprovação: 21-11-2017.
- MIZIARA, Raphael. **Moderno Dicionário de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.
- MIZIARA, Raphael; PINHEIRO, Juri. **A regulamentação da terceirização e o novo regime do trabalho temporário: comentários analíticos à Lei n. 6.019/74**. São Paulo: LTr, 2017.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição OIT e Declaração de Filadélfia**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/brasil/conheca-a-oit/WCMS_336957/lang--pt/index.htm. Acesso em: 3 abr. 2019.
- _____. **Recomendación n. 198, de 2006, sobre la relación de trabajo**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/brasil/convencoes/WCMS_242958/lang--pt/index.htm. Acesso em: 3 abr. 2019.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **A Subordinação no Contrato de Trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. Terceirização: Fundamentos Filosóficos, Sociológicos, Políticos, Econômicos e Jurídicos da Jurisprudência do TST (Súmula n. 331). **Revista TST**, Brasília, v. 80, n. 3, jul./set. 2014, p. 150-170.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista TST**, Brasília, v. 70, n. 1, jan./jun. 2004, p. 119-129.
- SOUZA, Geraldo Emediato de [*et al.*]. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação**. Brasília: Gráfica Movimento, 2017.

VIEIRA, Paulo Joarês; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O que afinal decidiu o STF sobre a terceirização?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-afinal-o-stf-decidiu-sobre-a-terceirizacao-17092018>>. Acesso em: 15 maio 2019.

A TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA COMO VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DO TRABALHADOR: UM OBSTÁCULO AO ALCANCE DA JUSTIÇA SOCIAL

Juliana Mattoso¹

Resumo: O objeto do presente artigo é apresentar considerações acerca das diretrizes conferidas pela Reforma Trabalhista (*Lei nº 13.467/2.017*) à quantificação das reparações dos danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho sob o enfoque da dignidade do trabalhador e da ordem jurídica justa. O objetivo do presente estudo é demonstrar que o tratamento legal conferido à matéria é passível de resultar em afronta aos valores e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de obstar a obtenção de uma solução justa aos casos concretos. Por fim, foram sugeridas soluções para o enfrentamento da temática no bojo dos processos judiciais, de forma a assegurar a consecução dos direitos fundamentais, em que pese o regramento restritivo conferido pelo art. 223-G, §1º, da CLT. O método de abordagem utilizado foi o indutivo e o levantamento de dados foi realizado por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

167

Palavras-chave: Dano Moral. Reforma Trabalhista. Tarificação. Direitos fundamentais do trabalhador. Justiça Social.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o tratamento conferido no cenário jurídico nacional à quantificação do dano extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho quanto ao período que precede a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) era meramente doutrinário e jurisprudencial. Até então, os critérios levados em conta no arbitramento do *quantum* indenizatório em caso de dano extrapatrimonial tinham por

¹ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC – SP (2010). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (TRT 9). julianamattoso@trt9.jus.br

base a consecução das finalidades ressarcitória (compensação pelo efetivo prejuízo causado) e pedagógica (estímulo ao infrator para que não reincida na prática da conduta lesiva)².

Não havia, portanto, qualquer dispositivo legal impositivo ou limitativo quanto ao valor a ser atribuído a tais indenizações, o que ficava a cargo do livre convencimento motivado do magistrado após criteriosa análise quanto aos parâmetros pertinentes (devidamente estabelecidos pela doutrina).

Todavia, com o advento da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), a matéria passou a ser tratada sob o prisma legislativo. A Reforma em apreço acarretou a inserção à CLT do Título II-A, que passou a tratar do dano extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho e, especificamente quanto à fixação do *quantum* indenizatório, passaram a constar expressamente no art. 223-G, os critérios qualitativos e quantitativos, estes últimos conforme a classificação do grau da ofensa sofrida pelo trabalhador (leve, média, grave e gravíssima).

168

Em que pese o aparente ganho legislativo decorrente da inauguração da disciplina normativa específica acerca do dano extrapatrimonial no contexto das relações de trabalho, os parâmetros quantitativos fixados no bojo do §1º do art. 223-G da CLT representam nítida afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, em especial, à sua dignidade, na medida em que restringem sobremaneira o alcance pecuniário das indenizações, acarretando engessamento das reparações.

Não bastasse isso, ao definir parâmetros valorativos rígidos para a quantificação do dano moral, o legislador infraconstitucional reduziu sobremaneira o poder antes conferido ao magistrado para a fixação do *quantum* indenizatório mediante criteriosa ponderação acerca da situação fática e das particularidades que lhes são inerentes. A partir da Reforma, o magistrado tem sua atividade limitada quantitativamente, nos termos do

2 Especificamente no tocante à função pedagógica da reparação, convém destacar a existência de divergência doutrinária quanto ao seu cabimento, fundada na inexistência de dispositivo legal nesse sentido na legislação brasileira. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves aponta para a possibilidade da busca pela finalidade pedagógica resultar na fixação de indenizações em valores exorbitantes, passíveis de gerar insegurança jurídica, além de enriquecimento sem causa do ofendido.

contido no §1º do art. 223-G da CLT.

Sob essa perspectiva, o que se busca com o presente trabalho é realizar um breve estudo acerca das diretrizes estabelecidas pela Reforma Trabalhista no tocante à fixação do *quantum* indenizatório nos casos de dano extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho e demonstrar que a sua aplicação dissociada de uma interpretação sistemática do dispositivo resultará em afronta aos direitos fundamentais do trabalhador e ao alcance do ideal de justiça.

2 PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO - PERÍODO ANTECEDENTE À REFORMA TRABALHISTA

2.1 Contexto normativo da reparação às lesões extrapatrimoniais no âmbito das relações de trabalho

169

A Constituição Federal de 1988 tipificou de modo expreso os danos passíveis de reparação na órbita civil ao inserir no seu artigo 5º os comandos seguintes:

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

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

Especificamente no tocante à responsabilidade civil no âmbito das relações de trabalho, seu regramento em nível constitucional é conferido pelo artigo 7º, inciso XXVIII, que estabelece o seguinte:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Em análise interpretativa ao dispositivo em apreço, assevera o ilustre jurista Raimundo Simão de Melo (2008, p. 234):

Seguindo-se os padrões tradicionais de interpretação desse dispositivo constitucional, poder-se-ia simplesmente dizer que se trata de responsabilidade fundada na culpa, a chamada responsabilidade subjetiva ou aquiliana, em face da qual, para alcançar reparação civil por dano decorrente de acidente de trabalho, teria o trabalhador de demonstrar a culpa ou dolo do empregador. Ou, de outra forma, poder-se-ia, também de forma simplista, como já o fizeram alguns, enfocar o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, que estabelece a responsabilidade objetiva quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, e concluir, desde logo, que nas atividades de risco a responsabilidade civil será sempre objetiva. Numa terceira ótica, também seria possível dizer-se, com base no que dispõe o art. 2º da CLT, que no âmbito trabalhista a assunção dos riscos da atividade incumbe ao empregador, que responderá sempre objetivamente pelos danos decorrentes de acidentes de trabalho.

Em âmbito infraconstitucional, até o período que antecede ao início da vigência da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), a matéria em apreço era tratada pelos dispositivos legais contidos no Título IX do Código Civil de 2002, em razão da norma integrativa contida no art. 8º da CLT.

170

A responsabilidade civil do empregador, assim como aquela atribuída aos sujeitos dos contratos de natureza civil, acarreta, como consequência, a condenação ao pagamento de indenizações, sejam elas decorrentes de danos materiais ou morais.

Por danos materiais entendem-se os prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Ao conceituar o instituto, Flávio Tartuce (2014, p. 754), esclarece que “*Não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, assim, necessita, em regra, de prova efetiva. Nos termos do artigo 402 do Código Civil, os danos materiais podem ser subclassificados em danos emergentes (o que efetivamente se perdeu) ou lucros cessantes (o que razoavelmente se deixou de lucrar)*”.

Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 97), em obra dedicada à responsabilidade civil, conceitua o dano emergente da seguinte forma:

O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O Código Civil, ao disciplinar a matéria no seu art. 402 (reprodução fiel do art. 1059 do Código de 1916), caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

Acerca dos lucros cessantes, o referido jurista leciona que (2005, p. 98):

Por ser o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima o lucro cessante exige maior cuidado na sua caracterização e fixação. Na trilha do nosso Antônio Lindbergh Montenegro, que, por sua vez, se funda em Adriano de Cupis, pode-se dizer que, se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante.

De tais conceitos, extrai-se que os danos materiais, sejam eles danos emergentes ou lucros cessantes, devem ser necessariamente comprovados para que se torne possível o seu ressarcimento, sempre acrescido dos devidos juros e correções monetárias, tudo nos termos do art. 404 do Código Civil³.

O Título IX do Código Civil de 2002 estabelece normas acerca da responsabilidade civil sob as vertentes objetiva e subjetiva e, no seu capítulo primeiro, versa sobre a obrigação de indenizar, tendo deixado ao segundo capítulo o regramento acerca da indenização propriamente dita. Ao regulamentar a indenização, o Código prevê as modalidades cabíveis (despesas com tratamento, funeral e luto da família do ofendido, alimentos, danos emergentes, lucros cessantes, dentre outros) sem estabelecer, contudo, parâmetros quantitativos e/ou qualitativos para a fixação do *quantum* indenizatório.

É possível constatar que a maioria dos dispositivos legais contidos no referido título tem aplicabilidade aos casos de reparação civil decorrente de dano patrimonial, à exceção dos arts. 944 e 945, que também funcionam como cláusulas gerais a nortear o julgador no momento da fixação do *quantum* indenizatório decorrente de dano extrapatrimonial.

Nesse contexto, os parâmetros qualitativos e quantitativos do dano moral passaram a ser definidos pela doutrina e jurisprudência, em observância às finalidades ressarcitória e pedagógica da indenização, tendo como base normativa, o art. 53 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), atualmente revogada.

³ As perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro serão pagas com atualização monetária, segundo índices oficiais, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

No tocante à indenização por danos extrapatrimoniais, as principais circunstâncias levadas em conta pelas decisões judiciais, na fixação do *quantum* indenizatório, passaram a ser as seguintes: gravidade da conduta, intensidade do sofrimento da vítima, culpabilidade do agente, eventual culpa concorrente da vítima, além da condição econômica, social e política das partes envolvidas.

Especificamente no tocante à atividade jurisdicional de fixação do *quantum* indenizatório, o jurista Paulo de Tarso Sanseverino (2016), em artigo sobre o tema, elucida as etapas a serem observadas, quais sejam:

(...) Assim, o arbitramento equitativo da indenização por prejuízos sem conteúdo patrimonial deve ser desdobrado em duas etapas. Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (técnica do grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se da indenização básica, esse valor deve ser elevado ou reduzido de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Com a utilização desse método bifásico, procede-se a um arbitramento efetivamente equitativo, respeitando-se as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso concreto. Chega-se, desse modo, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. Alcança-se, de um lado, uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obtém-se um montante correspondente às circunstâncias do caso. Finalmente, a decisão judicial apresenta a devida fundamentação acerca da forma como arbitrou o valor da indenização pelos danos extrapatrimoniais.

De tal contexto, extrai-se que, quanto aos danos materiais⁴ decorrentes das relações de trabalho, a disciplina de ressarcimento

⁴ Por danos materiais na seara trabalhista entende-se, por exemplo, tratamento médico e gasto com medicamentos decorrentes de acidente de trabalho, os quais demandarão, para sua compensação, a comprovação por meio de prova documental (recibos comprobatórios dos gastos suportados).

permaneceu inalterada, pois o ressarcimento somente é possível mediante expressa comprovação do dano e nos exatos valores demonstrados, sem deixar de lado a devida atualização monetária e juros cabíveis.

Por sua vez, no tocante aos danos extrapatrimoniais, o ressarcimento decorreria da comprovação dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil⁵ e, para sua quantificação, da análise apurada do magistrado, a ser dividida em dois momentos. Primeiramente, uma análise detida quanto aos parâmetros acima citados - a princípio, sem observância a qualquer limitação de valor - devendo ater-se às particularidades do caso concreto para concluir qual o valor mais adequado. Em um segundo momento, mediante rigorosa observância ao princípio da adstrição⁶, a adequação do valor obtido pelo magistrado aos limites impostos pela parte na petição inicial.

Nesse sentido são os ensinamentos de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2014, p. 130), para quem:

Com relação à fixação do valor do dano moral, a orientação que prevalece é a de que cabe ao juiz arbitrá-lo (art. 946 do CC/2002), utilizando-se da razoabilidade, da prudência, do equilíbrio e da equidade, no sentido da justiça, no caso em concreto (tal como prevê o art. 953, parágrafo único do CC/2002, para os casos de indenização por injúria, difamação e calúnia).

173

Especificamente no tocante à reparação, Raimundo Simão de Melo (2013, p. 2018) esclarece que:

A reparação deve ser digna e estabelecida com base e parâmetros razoáveis: não devendo tornar-se fonte de enriquecimento para o ofendido nem ser irrisória ou simbólica para o ofensor. Para o âmbito da Justiça do Trabalho, vale a segunda sugestão de Valdir Florindo de que o juiz que instruiu o processo deve julgá-lo, a fim de buscar efetivamente a verdade real e, assim, arbitrar uma indenização condizente com o cada caso concreto. Não há mesmo como substituir o papel de árbitro do juiz nem como precisar critérios para o valor do dano moral, pois tudo isso varia conforme o caso a suas

5 São requisitos de configuração da responsabilidade objetiva somente a conduta, o dano e o nexa causal. Para configuração da responsabilidade subjetiva, exigem-se, além da conduta, do dano e do nexa causal, a culpa ou dolo do agente.

6 Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

circunstâncias.

Assim, constata-se que havia ampla liberdade ao magistrado para, atentando-se ao exame detido do caso concreto, em cotejo com os parâmetros fixados pela doutrina e o princípio da adstrição, fixar o montante pecuniário que se mostrasse mais adequado à reparação dos danos sofridos pela vítima.

2.2 Cenário jurisprudencial da quantificação da indenização por dano extrapatrimonial no âmbito trabalhista

Explicitados os parâmetros da fixação do *quantum* indenizatório nos casos de dano extrapatrimonial no período que antecede à Reforma Trabalhista, cumpre citar alguns precedentes relevantes a esse respeito, de modo a demonstrar de que forma se dava a atividade judicante na análise das particularidades do caso concreto e parâmetros para arbitramento do valor:

DANOS MORAIS. PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. A indenização por danos morais deve ser fixada considerando a extensão do dano, o grau de culpa do ofensor, a situação econômica das partes, bem como a natureza pedagógica da reparação, que não deve ser de tal monta que se torne um meio de enriquecer a vítima, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado. Saliente-se que o posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante quanto ao assunto é aquele que acolhe o sistema aberto, que possibilita ao juiz fixar a indenização de forma subjetiva, aplicando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e da justa indenização.⁷

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PARÂMETROS. Para o arbitramento da indenização não há parâmetros objetivos, devendo ser levado em consideração o grau de lesividade da conduta ofensiva e os reflexos do dano na vida pessoal do ofendido, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (art. 5º, V e X, da Constituição Federal), de modo que o valor indenizatório não possa ser tão ínfimo que não atenda ao caráter pedagógico, nem tão elevado que importe em enriquecimento sem causa. Recurso do reclamante não provido.⁸

7 TRT-3 - RO: 01360201407103003 0001360-54.2014.5.03.0071, Relator: Paulo Mauricio R. Pires, Decima Turma, Data de Publicação: 13/03/2018.

8 TRT-24 00245375920135240051, Relator: RICARDO GERALDO MONTEIRO

RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO. Não existe no nosso ordenamento jurídico dispositivo legal fixando parâmetros ou mesmo valores para a indenização por dano moral. Com o advento da Constituição Federal de 1988 não mais subsiste qualquer regra de tarifação da indenização por dano moral. Este é o entendimento do C.STJ manifestado na Súmula nº 281. A jurisprudência já sedimentou o entendimento de que a fixação do valor de indenização por dano moral deve ser feita por arbitramento (interpretação analógica do art. 953 do Código Civil), sendo que o órgão julgador deverá valorar aspectos como a gravidade do ilícito civil praticado, a repercussão do fato, a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), a capacidade econômica das partes envolvidas e a duração do contrato de trabalho. Além desses parâmetros, a doutrina e jurisprudência também apontam uma dupla finalidade para o *quantum* indenizatório: o valor deve proporcionar à vítima alguma compensação e ao mesmo tempo inibir o transgressor da prática de novos atos ilícitos. Acrescente-se, ainda, que na fixação desse valor indenizatório o órgão julgador deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade, a fim de encontrar um valor que não seja ínfimo, nem excessivo para que não se converta em meio de enriquecimento sem causa. Deve-se ainda considerar a extensão do dano sofrido pelo reclamante e a gravidade da culpa da reclamada.⁹

Os julgados citados retratam a amplitude dos poderes antes conferidos ao magistrado para análise apurada acerca de toda a situação fática atinente ao caso concreto a fim de, fazendo um contraponto com os parâmetros definidores do *quantum* indenizatório, obter o valor mais aproximado do prejuízo suportado pela vítima, sem que houvesse qualquer vinculação limitativa a valores recebidos ao longo do pacto laboral ou quaisquer outros dessa natureza.

A alteração legislativa promovida pela Reforma Trabalhista acarretou significativa mudança neste cenário, como se verá a seguir.

ZANDONA, 2ª TURMA, Data de Publicação: 16/06/2014.

9 TRT-2 - RO: 00011731020135020362 SP 00011731020135020362 A28, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 09/04/2015, 12ª TURMA, Data de Publicação: 17/04/2015.

3 A RIGIDEZ DOS CRITÉRIOS QUANTITATIVOS INSERIDOS PELO §1º DO ART. 223-G DA CLT – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL

A Reforma Trabalhista¹⁰ acarretou a inclusão do Título II-A na CLT, o qual consignou o regramento acerca do dano extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho. O referido título trata, dentre outros temas, dos parâmetros qualitativos e quantitativos para a fixação do *quantum* indenizatório nas condenações à reparação por dano extrapatrimonial.

Convém destacar que, especificamente no tocante aos critérios qualitativos expostos no *caput* do art. 223-G da CLT¹¹, o novo texto normativo além de consagrar os parâmetros até então já utilizados pelos julgadores com sustentáculo de natureza doutrinária e jurisprudencial, inovou ao acrescentar a ocorrência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa, o perdão, tácito ou expresso, bem como a publicidade da ofensa, como fatores a serem analisados para a quantificação da reparação.

176

Tal inovação é digna de elogios, uma vez que o ofensor que envida esforços para minimizar as consequências da sua conduta deve ser prestigiado em detrimento daquele que, embora violador da ordem jurídica, permanece inerte demonstrando desinteresse quanto à neutralização ou, ao menos, minimização dos danos causados.

Por sua vez, os parâmetros quantitativos, até então inexistentes na legislação civil e em suporte doutrinário ou jurisprudencial, passaram a ser expressamente disciplinados pelo art. 223-G, §1º, da CLT, cuja redação é a seguinte:

10 Com a perda da eficácia da Medida Provisória n. 808/2017, a Lei n. 13.467/2017 passou a ter validade integral com sua redação anterior.

11 Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Uma rápida leitura do dispositivo legal em comento permite constatar que o legislador infraconstitucional optou por tarifar a indenização decorrente de dano extrapatrimonial, estabelecendo valores máximos para a sua quantificação, tendo como parâmetro a gravidade da ofensa e, como base de cálculo, o salário contratual do ofendido.

Ainda que no seu §3º, o art. 223-G da CLT¹² tenha possibilitado a aplicação em dobro do valor da indenização para os casos de reincidência, fato é que a imposição legal de um limite máximo ao *quantum* indenizatório constitui rigidez passível de acarretar o engessamento da atividade jurisdicional, além de afronta à lógica sistemática decorrente do ordenamento jurídico vigente.

177

Nesse sentido, imaginando-se um caso prático em que o prejuízo sofrido pelo empregado tenha decorrido de ofensa reputada gravíssima pelo juízo e de maneira devastadora e tenha afetado sua honra ou imagem, o magistrado estará limitado ao montante de 50 vezes o último salário contratual do trabalhador, ainda que tenha firmado seu convencimento no sentido de que a compensação efetiva somente alcançaria o seu fim caso arbitrada em valor maior.

É certo que a atividade jurisdicional não deve ser pautada nas impressões pessoais do magistrado, ou mesmo em suas convicções, devendo prevalecer o seu convencimento formado com base no acervo probatório, desde que satisfatoriamente motivado. Não por outra razão, a motivação das decisões judiciais¹³ foi alçada ao patamar de garantia constitucional do

12 Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização

13 Art. 93, IX, da CRFB: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais

jurisdicionado.

Em alguns casos é possível observar efetiva lacuna normativa quanto à fixação de parâmetros úteis à formação do convencimento do magistrado. Em outras situações, é possível constatar a existência de parâmetros legais estabelecidos de forma dissociada do critério de justiça (lacunas axiológicas), trazendo à tona a necessidade de o julgador se valer de outros critérios para formar seu convencimento.

Nesse sentido, resta ao julgador recorrer a aspectos de cunho social (porte da empresa), econômico (capacidade econômica do ofensor), bem como os inerentes às particularidades da causa, tais como, em caso de reparação moral, a extensão da lesão sofrida (em caso de lesão física, se total ou parcialmente incapacitante), a perpetração dos danos no tempo, dentre outros.

Pondera-se que a atividade de arbitramento do *quantum* indenizatório demanda uma atenção especial às particularidades de cada caso concreto, o que certamente implicará em alguma dose de subjetividade, já que a noção de efetiva reparação deve ser obtida mediante análise casuística, não sendo passível de padronização no formato delineado pelo polêmico art. 223-G, §1º, da CLT.

Nesse sentido, pertinente o ensinamento de Yussef Said Cahali (2005), que pondera: “não há como eliminar certo subjetivismo na estimação do dano moral”. O referido autor propõe a fixação de critérios específicos para cada espécie de dano (morte de pessoa da família, deformidade de membro, ofensa à honra, etc.), demonstrando a possibilidade de que os parâmetros sejam estabelecidos conforme a natureza da ofensa suportada pela vítima, observado o contexto de cada caso concreto (relação de emprego, relação contratual, dano moral em ricochete, entre outros).

Analisando a atividade interpretativa sob esse viés valorativo, Lênio Streck (2017) observa que “Advirta-se, por relevante, que o trabalho do intérprete não exclui a dimensão pessoal-valorativa inerente a qualquer atividade compreensiva. Como já referido, o controle rigoroso da

interpretação, a preservação da autonomia do direito, o respeito à integridade do direito e o dever fundamental de justificar detalhadamente às decisões não implicam uma “vedação de atribuir sentidos aos textos jurídicos”, ou seja – e me permito insistir nisso –, nada disso implica uma “proibição de interpretar”.

Em obra produzida em período antecedente à Reforma Trabalhista e destacando as vantagens da sistemática até então adotada, o jurista Sebastião Geraldo de Oliveira (2014, p. 263), ensinava que:

A opção atual do arbitramento do montante pelo Judiciário propicia ao juiz fixar com mais liberdade a justa indenização, sem as amarras normativas padronizadas, de modo a poder dosar, após análise equitativa, o valor da condenação com as tintas específicas do caso concreto. Na jurisprudência sedimentou-se o pensamento de que não há qualquer tarifação para a indenização pelo dano moral, nem mesmo para aqueles casos previstos na Lei de Imprensa.

Nos termos dos ensinamentos em apreço, vale lembrar que a jurisprudência consolidada do STJ por meio da Súmula 281 afasta expressamente a tarifação do dano moral no âmbito do ordenamento jurídico vigente.¹⁴

A respeito do tema, convém citar as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, ao acompanhar o voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 130/2009:

(...) o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. [...] Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do

14 A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na lei de imprensa.

sistema recursal. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 192 Artigos Reforma Trabalhista III 281 do Superior Tribunal de Justiça.” (grifei)

Nesse sentido, a norma contida no §1º do art. 223-G da CLT representa nítido retrocesso social, na medida em que agride frontalmente o princípio da restituição integral previsto no art. 944 do Código Civil¹⁵ e no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶, bem como a jurisprudência do STF e STJ.

Especificamente no tocante ao princípio da reparação integral, Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 27) ensina que:

Com efeito, o princípio da reparação integral tem sido o principal objetivo de todos os sistemas jurídicos para se chegar à mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima. Embora seja um ideal utópico, de difícil concretização, é perseguido insistentemente por se ligar diretamente à própria função da responsabilidade civil.

Nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal (2015, p. 29), ainda que o referido princípio tenha por finalidade precípua a reposição da vítima ao estado anterior à ocorrência do dano: “[...] *há uma pretensão idílica em se alcançar uma plena reparação, pois raramente a condenação será capaz de preencher a totalidade dos danos sofridos.*”

Sabe-se que é de extrema dificuldade a tarefa de apurar, no bojo do processo judicial, a efetiva intensidade dos danos sofridos pela vítima e, posteriormente, quantificá-lo. A complexidade dessa missão se agrava ainda mais quando ela passa a ser desempenhada com uma considerável carga de limitação, tal qual o imposto pelo art. 223-G, §1º, da CLT.

Nesse sentido, convém destacar que a reparação integral se desdobra em algumas funções que devem ser observadas de modo efetivo

15 A indenização mede-se pela extensão do dano.

16 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

na solução do caso concreto. Paulo de Tarso Sanseverino (2010, p. 57) traz elucidativa lição sobre as funções da reparação integral: “(...) identificam-se, no princípio da reparação integral, três funções fundamentais, quais sejam: “a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação ao enriquecimento injustificado do lesado (função indenitória); c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos”, esta última denominada de função concretizadora.”

Sob essa vertente, conclui-se pela ocorrência de violação do princípio da reparação integral, em especial no tocante à sua função compensatória, ao passo em que a norma contida no art. 223-G, §1º, da CLT, impede que o trabalhador obtenha o tratamento jurídico adequado à efetiva reparação do dano sofrido, caso isto demande a fixação de valores superiores aos impostos pela norma celetista.

Desse modo, ainda que o magistrado tenha resguardada sua liberdade no tocante à avaliação concreta dos prejuízos sofridos pela vítima, tem suprimida a possibilidade de, após aferir cuidadosamente o dano experimentado, arbitrar de modo efetivamente compensatório, o valor da indenização.

Não se olvida que a ausência de parâmetros legais objetivos norteadores da atividade jurisdicional de arbitramento do *quantum* indenizatório tenham induzido o legislador à normatização da questão por meio do art. 223-G, §1º, da CLT, a fim de refrear a fixação contumaz de indenizações exorbitantes fundadas em valores meramente abstratos, o que vinha ocorrendo até então, em que pese a vedação expressa contida na LINDB.¹⁷

Nesse intuito, o decreto 9.830/19 regulamenta o art. 20 da LINDB, estabelecendo balizas para a prolação de decisões pautadas em critérios abstratos e reforçando a ideia de responsabilidade estatal inerente à atividade decisória. Todavia, o decreto não representa efetiva vedação à

17 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

tomada de decisões embasadas em elementos abstratos (ou peculiares ao caso concreto, por assim dizer), indicando um filtro a ser utilizado pelo julgador, ante a necessidade de que sejam previamente sopesados os possíveis impactos destas.

Dessa forma, o ideal é que o magistrado busque um ponto de equilíbrio entre o engessamento quantitativo proposto pelo art. 223-G, §1º, da CLT e a flexibilidade condizente com o princípio da proporcionalidade aliada às balizas impostas pela nova legislação (art. 20 da LINDB c/c Decreto 9.830/19).

4 A TARIFAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO COMO VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DO TRABALHADOR E OBSTÁCULO À CONSECUÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Traçadas as balizas quantitativas da reparação moral a partir da vigência da Reforma Trabalhista, cumpre explicitar de quais maneiras o regramento contido no art. 223-G, §1º, da CLT representa violação à dignidade do trabalhador e obstáculo à consecução da justiça social.

É sabido que à dignidade da pessoa humana é conferido o *status* de meta-princípio e vetor axiológico do ordenamento jurídico vigente, devendo ser garantido no âmbito de toda e qualquer relação jurídica, seja ela de natureza pública ou privada em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Dissecando todas as vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana, o professor Bernardo Gonçalves Fernandes (2015, p. 304) explica que:

[...] para alguns doutrinadores, parâmetros mínimos de aferição (vetores ou dimensões) devem ser sempre defendidos para consecução normativa (adequada) da dignidade da pessoa humana. São eles: a) não instrumentalização (concepção Kantiana de que o ser humano não pode ser tratado como um meio para atingir um determinado fim); b) autonomia existencial (cada pessoa deve ter o direito de fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo com elas, desde que não resultem em práticas ilícitas); c) direito ao mínimo existencial (direito derivado do Constitucionalismo Social a que existam condições materiais básicas para a vida enquanto

pressuposto não só para a vida em si, mas para uma vida digna como condição para o exercício das liberdades privadas e públicas e d) direito ao reconhecimento (enquanto banimento das injustiças extrapatrimoniais).

Especificamente no que tange à esfera trabalhista, destacam-se como vertentes da dignidade do trabalhador, o direito ao mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social, previsto em nível internacional no art. 11, §1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)¹⁸, bem como no art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica¹⁹ e em nível nacional, no *caput* do art. 7º da Constituição Federal²⁰.

Diante de tais considerações, é patente que a dignidade do trabalhador enquanto direito fundamental deve ser objeto de garantia também no âmbito das relações privadas, por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sob tal perspectiva, sendo o trabalhador vítima de dano de natureza extrapatrimonial, sua dignidade somente estará assegurada caso lhe seja garantida a adequada reparação.

Nesse sentido, ao vincular o teto da indenização à remuneração percebida pelo trabalhador, o legislador infraconstitucional estabeleceu verdadeira monetização da reparação, de modo que o julgador fica “amarrado” ao maior ou menor auferimento de ganhos do trabalhador, sendo forçosa a conclusão no sentido de que o dano de natureza grave daquele que é melhor remunerado deve ser objeto de restituição em montante também superior, resultando em efetiva desigualdade.

18 Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

19 Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

20 São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Portanto, além de violar a dignidade do trabalhador que é vítima de dano extrapatrimonial, a norma legal que tarifa a quantificação da reparação acaba por se tornar fator de desigualdade e discriminação negativa, afrontando, em última análise, também o princípio da isonomia.

O artigo 371 do NCPD estabelece que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento”. Nesse sentido, o critério estabelecido pelo legislador infraconstitucional no §1º do art. 223-G da CLT representa um verdadeiro obstáculo ao magistrado no tocante à entrega da prestação jurisdicional justa e efetiva, já que submete o seu convencimento a valores monetários previamente fixados, cerceando a fundamentação de uma dosimetria adequada para fixar a reparação cabível no caso concreto.

Ainda que os parâmetros legais sejam limitadores da atuação do magistrado, o §1º do art. 223-G da CLT implica engessamento desarrazoado à proteção adequada ao direito à honra, primada pelo Pacto de San José da Costa Rica²¹, norma de caráter supralegal, devidamente ratificada pela República Federativa do Brasil e que deve prevalecer nos casos em que a controvérsia a ser solucionada diga respeito à quantificação do dano extrapatrimonial.

Nesse sentido, cumpre destacar que, nos termos do §2º do art. 5º da CRFB, o arcabouço normativo pátrio conta com uma cláusula de abertura que admite a integração normativa dos tratados internacionais devidamente ratificados pelo Brasil, a exemplo do diploma internacional antes citado. Não bastasse isso, a possibilidade de limitação em parâmetros monetários restritivos encontra óbice também no art. 5º, V, da CRFB, que reproduz a necessidade de reparação proporcional à gravidade do dano suportado.

Sob essa perspectiva, a aplicação *ipsis literis* do §1º do art. 223-G da CLT representa verdadeira adstrição do magistrado aos critérios quantitativos indenizatórios impostos pelo legislador, o que é passível de acarretar a aplicação de valores inadequados e desproporcionais à reparação dos prejuízos efetivamente ocasionados pela lesão, cerceando o dever de

21 Art. 11, 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

motivação do magistrado, além de violar frontalmente o mandamento da proporcionalidade imposto pelo art. 5º, inciso V, da CRFB.

Por todo o exposto, mostra-se necessária, a adoção pelo magistrado de vias alternativas à solução das demandas que versem sobre o dano extrapatrimonial, sob pena de violação às garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e, em última análise da livre convicção do magistrado.

5 CONDUTAS PASSÍVEIS DE NEUTRALIZAÇÃO OU MINIMIZAÇÃO DOS EFEITOS DANOSOS DECORRENTES DO ART. 223-G, §1º, DA CLT

Tendo em vista o contexto normativo inaugurado pelo §1º do art. 223-G da CLT, ao magistrado restam poucas alternativas. Pondera-se a possibilidade de, diante do caso concreto, o magistrado realizar a interpretação sistemática do dispositivo legal em comento, de modo a cotejá-lo com os valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do acesso à justiça (aqui considerado sob o prisma da obtenção de uma solução jurídica justa), obtendo-se o valor monetário que mais se aproxima dos valores fundamentais preconizados pela Carta Política vigente. Não se trataria de inobservância do dispositivo legal, mas da sua aplicação sob o enfoque mais próximo do ideal primado pela Constituição, tendo em vista o postulado da força normativa da constituição.

Nesse sentido, defende-se a interpretação sistemática da norma – ainda que isso implique relativização da sua aplicação – como garantia da superposição do valor “justiça” enquanto efetivação da reparação integral, nos moldes previstos no art. 11 do Pacto San José da Costa Rica (de eficácia supralegal) e no inciso V do art. 5º da Carta Magna. A justiça do caso concreto estaria, portanto, situada num ponto de equilíbrio entre a quantificação no formato proposto pela legislação infraconstitucional (enquanto ponto de partida) e o alcance pretendido pelos vetores axiológicos da isonomia, dignidade e proporcionalidade, com vistas a assegurar a força normativa da constituição.

A atividade interpretativa do magistrado nos moldes propostos se

afigura viável em detrimento da aplicação da letra fria da lei na entrega ao jurisdicionado de uma solução condizente com os valores constitucionais. Sob essa perspectiva, são elucidativas as considerações feitas por Lênio Streck (2017) acerca do *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição*:

Há, assim, um direito fundamental ao cumprimento da Constituição. Mais do que isso, trata-se de um *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição* ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos principiológico* a fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*) demandada pela situação que se apresenta. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição e a existência de eventual contradição. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável ao caso. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (*Vor-verständnis*), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário compreender (*verstehen*) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (*ver-stehen*) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição. A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece enquanto “concretização”, como demonstrado por Friedrich Müller a partir de Gadamer. Isso porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico, sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). (...) Por fim, o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Isso porque a pretensão de se buscar respostas definitivas é, ela mesma, anti-hermenêutica, em face do congelamento de sentidos que isso propiciaria. Ou seja, a pretensão a esse tipo de resposta sequer teria condições de garanti-la. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão da pré-compreensão que temos acerca do direito, enfim, dos fenômenos sociais, *por si só já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição*.

O direito é o meio para se atingir a justiça efetiva enquanto garantia

constitucional e, por essa razão, deve ser aplicado de forma que valores de maior relevância sejam resguardados. A reparação integral adequada a cada caso concreto é o ideal de justiça almejado pelo constituinte originário conforme o retratado no art. 5º, V, da CRFB, não se limitando ao comando restritivo do art. 223-G, §1º, da CLT, nem mesmo às decisões puramente abstratas.

Pertinente mencionar as lições de Kazuo Watanabe (1998, p. 229) ao tratar do acesso à *ordem jurídica justa*, em obra dedicada ao acesso à justiça:

1. A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*. 2. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova *postura mental*. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela *perspectiva do consumidor*, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um *programa de reforma* como também um *método de pensamento*, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. Hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade. 3. Há que se preocupar, outrossim, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça.

Como segunda alternativa, cita-se a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade do §1º do art. 223-G da CLT, por meio da realização de controle difuso de constitucionalidade, faculdade conferida a todo e qualquer magistrado, em todo e qualquer grau de jurisdição.

Por fim, não se olvida do ajuizamento pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida cautelar, em face dos incisos I, II, III e IV do parágrafo 1º do art. 223-G da Consolidação das Leis

do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/1943), ainda pendente de julgamento.

Não se despreza, portanto, a possibilidade de que a questão seja solucionada no âmbito do controle concentrado, com eficácia *erga omnes*, de modo a restituir os amplos poderes de convencimento motivado ao magistrado e o respeito aos vetores da isonomia e dignidade do trabalhador, minimizando os efeitos devastadores passíveis de concretização pela aplicação do §1º do art. 223 da CLT.

6 CONCLUSÃO

A inclusão do Título II-A na CLT, levada a efeito com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista inaugurou o regramento acerca do dano extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho. Dentre outras questões afetas à matéria, a Reforma acarretou a inserção do polêmico §1º do art. 223-G da CLT que traçou rígidos parâmetros quantitativos à fixação do *quantum* indenizatório nas causas afetas ao dano extrapatrimonial nas relações de trabalho.

188

Conquanto seja louvável a atenção do legislador infraconstitucional à matéria, é inegável que a novidade legislativa violou o princípio da restituição integral do dano, além de afrontar diretamente a isonomia e a dignidade do trabalhador, enquanto vetores axiológicos do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o alcance da justiça social tão almejada pelo jurisdicionado passa a ser indiretamente prejudicado, uma vez que as amarras valorativas impostas pelo §1º do art. 223-G da CLT obstam sobremaneira a atividade jurisdicional atinente à análise pormenorizada dos parâmetros de quantificação e posterior fixação do valor adequado à reparação.

Diante de tal imposição legal, a Justiça do Trabalho é desafiada a dar seguimento ao processamento e julgamento das causas em que o dano extrapatrimonial é objeto de discussão e, sem desprezar a novidade normativa, assegurar as garantias de isonomia e dignidade do trabalhador, entregando-lhe a prestação jurisdicional adequada e efetiva.

Enquanto a ADI ajuizada pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) está pendente de julgamento, sugerem-se

duas possibilidades de apreciação da matéria: a interpretação sistemática do dispositivo ou o pronunciamento da sua inconstitucionalidade pela via difusa, na intenção de ver minorados os prejuízos da rigidez legislativa e assegurar ao jurisdicionado o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 11 de maio de 2019.
- _____. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em: 11 de mai. 2019.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130/2009**. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 11 maio 2019.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros: 2005.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio Ambiente do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.
- MATO GROSSO DO SUL. TRT-24ª Região 00245375920135240051, Relator: Ricardo Geraldo Monteiro Zandona, 2ª TURMA, Data de Publicação: 16/06/2014. Disponível em: <www.trt24.jus.br> Acesso em: 12 maio 2019.
- MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MINAS GERAIS. TRT-3ª Região - RO: 01360201407103003 0001360-54.2014.5.03.0071, Relator: Paulo Mauricio R. Pires, Décima Turma, Data de Publicação: 13/03/2018. Disponível em:< www.trt3.jus.br > Acesso em: 13 maio 2019.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c>>.

convencao_americana.htm> Acesso em: 13 maio 2019.

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO. **Aplicação da Teoria do Punitive Damages no Direito Brasileiro**. Disponível em: <[https:// npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1429](https://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1429)> Acesso em: 15 jul. 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **O arbitramento da indenização por dano moral e a jurisprudência do STJ**. Disponível em: < <https://www.editorajc.com.br/o-arbitramento-da-indenizacao-por-dano-moral-e-a-jurisprudencia-do-stj/>>. Acesso em: 11 maio 2019.

_____. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil.1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SÃO PAULO. TRT-2ª Região - RO: 00011731020135020362 SP 00011731020135020362 A28, Relator: Marcelo Freire Gonçalves, Data de Julgamento: 09/04/2015, 12ª Turma, Data de Publicação: 17/04/2015. Disponível em: < www.trt2.jus.br >. Acesso em: 13 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. v. 1. Direito Coletivo do Trabalho. 3 ed. São Paulo: RT, 2015.

¹⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. volume único. 4. ed. São Paulo: Método: 2014.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Constitucional**. Disponível em: <[https:// enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional) >. Acesso em: 16 jul. 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade moderna**. Participação e processo. São Paulo: RT, 1998.



HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Marcos Henrique Bezerra Cabral¹

Resumo: A Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/17 – inseriu o inovador processo de jurisdição voluntária dentre as competências dos juízes do trabalho. O novo instrumento, no entanto, não foi acompanhado de regulamentação detalhada, sendo necessária a discussão sobre qual o regramento procedimental a ser seguido. Além disso, não ocorreu delimitação sobre o conteúdo das avenças extrajudiciais apresentadas, existindo grande controvérsia atualmente sobre os critérios materiais para a homologação ou não do acordo. A discussão sobre o assunto deve ser suscitada em razão do potencial danoso da nova jurisdição voluntária para o efetivo acesso à justiça e para o futuro do Judiciário Trabalhista.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Processo do trabalho. Homologação de acordo extrajudicial. Jurisdição voluntária.

191

1 INTRODUÇÃO

Estudar os dispositivos específicos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467/17, que passaram a tratar sobre a nova figura da jurisdição voluntária no âmbito do processo do trabalho, caracteriza o principal objetivo do presente artigo. A denominada “Reforma Trabalhista” inseriu expressamente algumas previsões legais – a partir do art. 855-B – que permitem a apresentação de acordos extrajudiciais firmados entre trabalhadores e os seus contratantes (em regra, empregado e empregador), os quais, após submetidos à análise do magistrado, podem ser homologados judicialmente.

1 Juiz do Trabalho Substituto vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006) e em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina (2007). marcos.cabral@trt12.jus.br

Ao tempo do curto *vacatio legis* da chamada Lei da Reforma Trabalhista, responsável pela inclusão do tema aqui estudado na legislação trabalhista, não foram poucas as tentativas dos diversos operadores do Direito de buscar compreensão ampla de toda a legislação e os seus possíveis reflexos na prática trabalhista. E, por óbvio, a temática do novíssimo Capítulo III-A foi um dos pontos mais controvertidos e inovadores. Controvertido por encontrar detratores ferozes e defensores de primeira hora; inovador por transviar toda a lógica até então vigente no direito material e processual do trabalho.

O estudo, apesar de breve e direcionado a esta inovação particular, busca aprofundar a análise sobre a figura do *acordo extrajudicial*, suscitando discussões necessárias quanto a aspectos procedimentais do instituto – tratados de forma bastante superficial na lei – e também quanto a controvérsias jurídicas e éticas associadas ao tema. As lacunas procedimentais deixadas pelo legislador neste aspecto particular exigem a utilização, nos pontos em que ocorra compatibilidade, dos dispositivos do processo civil, mais específicos e muitas vezes adequados à transação extrajudicial em âmbito laboral.

Já as lacunas jurídicas e éticas aparentam ser as potenciais causadoras de dissensos quanto à utilização deste tipo de transação na esfera das relações trabalhistas. As brechas existentes são perigosas – aparentemente intencionais – e exigem enormes cuidados por parte dos magistrados, pois a nova figura inserida no ordenamento tem o poder de fazer ruir todo o sistema protetivo vigente no Direito Laboral, uma vez que possibilita ao trabalhador a renúncia a direitos tidos como indisponíveis e não transacionáveis, inclusive com a chancela expressa do Judiciário Trabalhista.

Este estudo, por óbvio, não tem a pretensão de esgotar o tema e, em verdade, parte da ideia de apresentar alguns desafios trazidos pela nova figura jurídica, temas cuja discussão e equalização pelos operadores do Direito é necessária. Atenção especial e responsabilidade extrema serão exigidas dos Magistrados do Trabalho, a quem foi atribuída a competência para analisar tais transações e decidir sobre a possibilidade, ou não, de homologação.

2 CONCEITOS NECESSÁRIOS

O inovador capítulo III-A da CLT, com redação incluída pela Lei n. 13.467/2017, foi denominado “Do Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial”. Portanto, criou-se uma nova espécie de jurisdição voluntária com competência atribuída às Varas do Trabalho, conforme art. 652, f, da CLT. Torna-se imperioso, para melhor compreensão do tema, a conceituação de jurisdição voluntária, com as distinções em relação ao conceito de jurisdição.

Além da revisão indicada no parágrafo anterior, diretamente relacionado ao tema, outros conceitos necessitam de estudo para se obter conhecimentos que permitam a devida análise da temática. Por esse motivo, conceitos civilistas como transação e quitação serão perscrutados, com o objetivo de compreendê-los e incluí-los no exame do tema principal. Percepções diferentes sobre conciliação também compõem parte do empenho do presente capítulo, com característica evidentemente teórica, mas de grande relevância para o estudo da matéria.

2.1 Jurisdição Voluntária

Inicialmente, o capítulo III-A, incluído na CLT pela Lei n. 13.467/2017, previu o *processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial*. Portanto, o instituto foi criado como uma espécie de jurisdição voluntária – pelo menos assim o legislador o denominou. Assim, faz-se necessário conceituar essa figura jurídica. Para atingir esse objetivo, um estudo breve sobre o conceito de jurisdição é obrigatório. Esse termo, muitas vezes considerado primário no âmbito do Direito, é dotado de conteúdo essencial ao estudo do processo e sua perfeita compreensão pode ser bastante complexa.

Em breve síntese, até por não ser o objeto principal do presente trabalho, leciona Didier (2016, p. 155) que a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo / efetivando / protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível. Conceito semelhante define jurisdição como “a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso

concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social” (NEVES, 2016, p. 37).

Logo, trata-se de técnica de solução de conflitos por heterocomposição (terceiro substitui a vontade das partes), que manifesta a função jurisdicional (típica de um dos poderes estatais, o Judiciário), momento de exercício da interpretação e construção das decisões. Caracteriza-se por ser “uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos” (DIDIER, 2016, p. 163). No entanto, ressalta o autor que a tutela jurisdicional dos direitos ainda pode ocorrer via integração da vontade para obter certos efeitos jurídicos, como ocorre na *jurisdição voluntária*. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta, ou seja, um problema concreto deve ser solucionado pelo detentor do poder jurisdicional, com potencial para se tornar indiscutível e imutável, pelo instituto da coisa julgada. Apenas os atos jurisdicionais têm essa aptidão para a definitividade, sendo essa uma característica exclusiva da jurisdição.

194

Feitas essas brevíssimas considerações sobre jurisdição, torna-se necessário passar ao conceito de jurisdição voluntária, de forma a diferenciar as duas figuras. Inicialmente, analisando a história dos institutos, a jurisdição dividia-se em “voluntária e contenciosa, podendo se definir como voluntária ou graciosa, como aquela em que não se decidia sobre conflito de interesses, mas, sim, tinha a finalidade de integrar negócio jurídico, almejado pelas partes, por meio de um processo fictício” (MERÍSIO, 2018, p. 634). Essencial ressaltar a enorme divergência doutrinária sobre o termo, que pode ser constatada pelo seguinte comentário: “Já se disse, inclusive, que a jurisdição voluntária nem é jurisdição nem é voluntária” (DIDIER, 2016, p. 187).

Segundo Merísio, 2018, o entendimento clássico aponta no sentido de que a jurisdição graciosa apresenta-se como *administração pública de interesses privados* e a sua finalidade principal não seria fazer a vontade da lei atuar, mas sim buscar a integração da vontade de forma a torná-la apta a produzir certa situação jurídica. Trata-se da visão prevalecente na doutrina brasileira, apontando no sentido de ser materialmente administrativa e subjetivamente judiciária (DIDIER, 2016).

Em razão desta visão clássica, há entendimentos de que o

termo “partes” utilizado no art. 855-B da CLT, não seria adequado, pois, tecnicamente,

é impróprio o uso da denominação ‘processo’ ao campo da jurisdição voluntária, porquanto é prevalente o entendimento de se tratar de procedimento, ante a natureza administrativa da jurisdição voluntária [...]

Por isso, [...] será utilizada a terminologia processual própria e adequada à jurisdição voluntária (“interessados”) (BASTOS, 2018, p. 453).

Contudo, esta concepção não está imune a críticas. Logo após a apresentação dessa visão – jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados – como prevalente na doutrina brasileira, Didier (2016) afirma que a construção doutrinária é um tanto tautológica. Faz a afirmação por entender que essa ideia parte da premissa de que

a jurisdição voluntária não é jurisdição, porque não há lide a ser resolvida; sem lide, não se pode falar em jurisdição. Não haveria, também, *substitutividade*, pois o que acontece é que o magistrado se insere entre os participantes do negócio jurídico, não os substituindo. Porque não há lide, não há partes, só interessados; porque não há jurisdição, não seria correto falar de ação nem de processo, institutos correlatos à jurisdição: só haveria requerimento e procedimento. Porque não há jurisdição, não há coisa julgada, mas mera preclusão. (DIDIER, 2016, p. 192).

195

Em razão da divergência doutrinária existente quanto ao correto termo para designar os envolvidos em processos ou procedimentos de jurisdição voluntária, no presente artigo serão utilizados tanto o termo partes – conforme consta expressamente na Lei n. 13.467/17 – quanto os termos *interessados* e *requerentes* (este último, indicação mais genérica). Isso porque a discussão sobre a natureza jurídica e os potenciais efeitos da jurisdição voluntária não constituem o objetivo do presente artigo, muito embora tenham relevância no estudo mais aprofundado do instituto.

A partir da visão de jurisdição voluntária exposta por Didier, existe a corrente teórica que a entende como atividade jurisdicional típica, chamada de *teoria revisionista* ou *jurisdicionalista*. Inicialmente, o raciocínio é embasado na conclusão de que não se pode falar em inexistência de lide em jurisdição voluntária, pois, muito embora a relação conflituosa não esteja

exposta de forma expressa na petição inicial, “os casos de jurisdição voluntária são **potencialmente conflituosos** e por isso mesmo são submetidos à apreciação do Poder Judiciário” (DIDIER, 2016, p. 193, grifei).

Assim, apesar das peculiaridades capazes de distinguir a jurisdição voluntária da contenciosa, ainda assim entendem pelo efetivo exercício de atividade jurisdicional na jurisdição voluntária. Na mesma discussão pode ser incluída a divergência quanto à existência de processo ou procedimento na jurisdição voluntária. O Código de Processo Civil adotou o termo “procedimento”, associado à teoria administrativista (não jurisdicional). Já a Lei n. 13.467/17 adotou o termo “processo”, presumindo a adoção da corrente jurisdicionalista, adotando também a expressão “partes”.

A jurisdição voluntária, independentemente da corrente adotada, também possui relevante importância na pacificação dos potenciais conflitos. Ao contrário da finalidade da jurisdição – contenciosa, em sentido estrito –, na jurisdição voluntária o principal objetivo não é substituir a vontade das partes e fazer atuar a vontade concreta da lei, “mas sim a atividade negocial, em que o juízo atua de forma integrativa ou constitutiva, com o objetivo de tornar eficaz o negócio jurídico almejado pelos interessados” (MERÍSIO, 2018, p. 635).

No processo civil, em geral a jurisdição voluntária é utilizada, portanto, em “ações constitutivas necessárias, nas quais [...] existe uma obrigatoriedade legal de atuação da jurisdição” (NEVES, 2016, p. 1137). Por óbvio que a integração da vontade somente pode ocorrer “após a fiscalização dos requisitos legais para a obtenção do resultado almejado” (DIDIER, 2016, p. 187). É digno de nota, nessa linha de raciocínio, o comentário quanto ao motivo dessa obrigatoriedade legal, a qual externa e demonstra

uma opção do legislador de condicionar o efeito jurídico de determinadas relações jurídicas, em razão de seu objeto e/ou de seus sujeitos, **à intervenção do juiz, provavelmente em razão do status de imparcialidade, retidão de conduta e compromisso com a justiça** que supostamente todos os juízes deveriam ter (NEVES, 2016, p. 1137, grifei).

Esta obrigatoriedade legal motiva alguns doutrinadores a afirmarem que a jurisdição voluntária nada tem de *opcional* ou *facultativa*, em geral sendo a sua utilização exigida do interessado para determinado fim. Contudo, há

situações em que o interessado dirige-se ao Poder Judiciário com o intuito de obter uma autorização ou aprovação *não obrigatória* e em outros casos a lei apenas permite, mas não impõe a intervenção judicial, como nos casos da notificação judicial e da homologação de divórcio consensual sem filhos menores (GRECO, 2003, p. 42). Esta última situação – em que a lei apenas *permite*, mas *não impõe* o uso – assemelha-se bastante à jurisdição voluntária trabalhista incluída no ordenamento jurídico pela Lei n. 13.467/2017.

Ressalto, ainda, que na defesa da ideia de jurisdição voluntária como atividade jurisdicional, podem ser acrescentados inúmeros outros argumentos, como os seguintes, trazidos por Didier, 2016: (1) o fato de ser atividade exercida por juízes, investidos de todas as garantias constitucionais, na qualidade de terceiro imparcial e desinteressado, aplicando o direito objetivo em última instância, sem possibilidade de controle por outro Poder; (2) necessidade de presença de todos os pressupostos processuais, estando sujeito ao contraditório (mesmo que se entenda que seja um processo administrativo); (3) havendo processo (mesmo que administrativo) e jurisdição, há ação – ação de jurisdição voluntária; (4) existem partes – no sentido processual, ou seja, sujeito parcial da relação jurídica processual, muito embora não exista litígio; (5) decisão proferida tem aptidão para a formação de coisa julgada, não existindo dispositivo no CPC que aponte em sentido contrário.

O item 5, relativo à formação de coisa julgada, possui bastante relevo para o estudo da matéria ora tratada. O entendimento no sentido de a jurisdição voluntária caracterizar mera administração pública de interesses privados, não podendo ser considerada jurisdição pela ausência de lide, parece não estar adequado às peculiaridades e objetivos delineados pelo legislador ao dar à luz à nova jurisdição voluntária trabalhista. Isso porque, por óbvio, a lide dita *sociológica* sempre estará presente, mesmo em um acordo entabulado antes da existência de uma demanda judicial: há a relação laboral – seja ela em sentido amplo ou em sentido mais limitado, ou seja, o vínculo empregatício – que deu origem à composição, geralmente já encerrada; e há uma situação conflituosa, mesmo que já resolvida, com alguma discussão sobre verbas devidas, direitos e deveres satisfeitos ou não.

Além disso, às partes (ou interessados, aos que se mantenham fiéis

à concepção prevalente) sempre será essencial a ideia de formação da coisa julgada, pois, de um lado o trabalhador terá o interesse de executar o título formado a partir da homologação judicial, em caso de descumprimento da avença por parte do empregador; e este, por sua vez, sempre terá a intenção de obter segurança jurídica, consubstanciada na garantia de que a parcela ou verba ajustada não possa voltar a ser discutida em uma nova ação judicial. Do contrário, a utilidade prática do instituto seria nula.

Novamente, retornando ao âmbito do processo civil, relevante lembrar o tratamento dado à jurisdição voluntária, de forma expressa, no art. 88 do Código de Processo Civil de 2015, momento em que se prevê sobre as despesas nos procedimentos desta natureza. Mais à frente, entre os arts. 719 e 725, apresentam-se disposições gerais quanto aos procedimentos de jurisdição voluntária. Os dispositivos legais serão detalhados oportunamente, até mesmo por ser relevante a aplicação subsidiária de algumas previsões aos casos de homologação de acordo extrajudicial.

198

Contudo, oportuno o momento para registrar as hipóteses previstas no art. 725, incisos VII e VIII, as quais permitem o pedido de expedição de alvará judicial (inciso VII) e de homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor (inciso VIII). A primeira possibilidade – expedição de alvará – era um dos procedimentos de jurisdição voluntária já aceitos na Justiça do Trabalho sem maiores divergências. Já a segunda possibilidade sempre foi controversa e, até então, era aceita apenas por parcela minoritária da doutrina e da jurisprudência. Alguns números² indicam a existência de tentativas de homologação de acordos extrajudiciais antes mesmo da Lei n. 13.467/17, no entanto, em pouco mais de um ano de vigência da nova legislação, a quantidade de demandas atingiu patamares inimagináveis.

2 Notícia publicada pela Secretaria de Comunicação do TRT da 12ª Região indica um aumento de 37 vezes no número de acordos extrajudiciais apresentados no primeiro ano de vigência da Reforma Trabalhista, passando de 71 pedidos (entre novembro de 2016 e novembro de 2017) para 2.607 nos 12 meses seguintes. O percentual de homologação foi de 93,8%, em relação ao período posterior à vigência da Lei n. 13.467/17. Os números parecem demonstrar que a norma “pegou”, contrariando a visão desconfiada de alguns doutrinadores, como o Professor Homero Batista, que em sua obra expõe dúvidas em relação a isso. Fonte: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2019/marco.jsp#n3> – acesso em 13.03.2019

Feita essa constatação, com o intuito de finalizar o presente capítulo, Merísio (2018) sintetiza as principais características da jurisdição voluntária: (a) atividade jurisdicional – não administrativa, portanto; (b) objetivo de tutelar pessoas em casos de conflito – não necessariamente uma lide, mas uma situação conflituosa; (c) não resolve conflitos existentes entre as pessoas; (d) como consequência, não é necessário decidir sobre pretensões antagônicas; (e) tutela-se um dos interessados, previamente determinado, ou a ambos, sem que o juiz escolha entre tutelar um ou outro; (f) deve ser sempre exercida pelo juiz com total imparcialidade.

Didier (2016, p. 188) acrescenta que à jurisdição voluntária são aplicáveis as garantias fundamentais do processo e todas as garantias da magistratura, asseguradas constitucionalmente, conforme já mencionado anteriormente. Mas ressalta duas outras características: a *inquisitorialidade*, ou seja, a iniciativa do procedimento, em algumas situações, cabe ao órgão jurisdicional; e a *possibilidade de decisão fundada em equidade*, conforme art. 723, parágrafo único, do CPC, podendo o órgão jurisdicional não observar a legalidade estrita, decidindo conforme critérios de conveniência e oportunidade, o que confere maior margem de discricionariedade ao órgão jurisdicional.

2.2 Transação

A CLT, talvez em razão da excessiva agilidade na tramitação do projeto de lei que acabou sendo transformado na Lei n. 13.467/17, falou em “acordo extrajudicial”. O Código de Processo Civil tratou o tema de forma mais técnica e utilizou o termo “autocomposição extrajudicial”. Nenhum dos dois diplomas legais fala em *transação*, como bem ressalta Meireles (2018, p. 112).

O instituto da transação encontra-se previsto no título VI do Código Civil de 2002 (“Das Várias Espécies de Contrato”), mais especificamente no capítulo XIX (“Da Transação”), que se inicia no art. 840. Aliás, o artigo inicial indica o motivo pelo qual o instituto é relevante para o presente estudo, pois prevê: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante **concessões recíprocas**”. (grifei).

Com efeito, o conceito de transação pode ser sintetizado como o

“contrato pelo qual as partes pactuam a **extinção de uma obrigação por meio de concessões mútuas ou recíprocas**, o que também pode ocorrer de forma preventiva” (TARTUCE, 2011, p. 740, grifei). Por meio da transação, os envolvidos optam pela solução negociada e afastam a intervenção do Poder Judiciário para a solução da controvérsia. Nessa linha, são requisitos básicos da transação, conforme lição de Matiello (2008 b): a) existência de *debate judicial* ou *incerteza* entre as partes; b) concessão recíproca de vantagens e a assunção de ônus pelos contraentes; c) vontade expressa de encerrar a pendência³. Além disso, está limitada a “direitos patrimoniais de caráter privado”, conforme preceitua o art. 841, do Código Civil.

Assim, o conceito de transação parece remeter à óbvia conclusão de que potenciais acordos extrajudiciais entre trabalhadores e seus contratantes terão as características próprias desta modalidade de negócio jurídico. Explico: apenas é possível cogitar acordos extrajudiciais com a ocorrência de concessões mútuas ou recíprocas entre os envolvidos, uma vez que seria inviável apresentar acordo apenas para que o trabalhador renuncie judicialmente aos seus direitos, ao mesmo passo que o empregador, caso reconheça como devidos todos os direitos do trabalhador, pode e deve simplesmente realizar a quitação de tais parcelas, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário⁴.

Prossegue a lição de Tartuce, 2011, no sentido de que, se as duas partes não cedem, não é viável falar em transação, existindo um mero acordo entre as partes em tais situações. No mesmo sentido, a seguinte lição: “se houver endereçamento de proveitos apenas para um dos contraentes será o caso de simples liberalidade, algo como uma doação ou mera desistência relacionada a certo direito, mas não estará patenteado o ato de transigir” (MATIELLO, 2008c, p. 455). No entanto, no âmbito civil afigura-se plenamente possível que um dos envolvidos conceda maiores vantagens ao oponente, devendo o equilíbrio jurídico ser examinado no contexto em que inseridos os pactuantes.

³ Por ter a intenção de encerrar a questão pendente e duvidosa, a transação não deve ser negócio jurídico condicional, submetendo-se a acontecimentos projetados para o futuro, pois tal situação poderia acarretar novas discussões que substituiriam a original (MATIELLO, 2008c, p. 456).

⁴ Talvez, por este motivo, a denominação da classe processual no sistema PJe tenha sido definida como Homologação de *Transação* Extrajudicial (HoTrEx).

A obrigatoriedade da transação decorre do acordo de vontades com o objetivo de extinguir as relações obrigacionais até então *controvertidas*. Não é demais recordar, ainda que bastante didaticamente, que a transação nada mais é do que a composição entre as partes com uma finalidade, ideia básica sobre contrato, figura em que a transação pode ser enquadrada. De forma mais técnica, contrato é um “ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres” (TARTUCE, 2011, p. 472).

É, portanto, um negócio jurídico, sendo a sua validade vinculada aos pressupostos indicados no art. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei). Além disso, não pode ser contrário ao ordenamento jurídico, à boa-fé, à função social e econômica e aos bons costumes⁵.

Por estar sujeita a todos os princípios da teoria geral dos contratos, plenamente possível a ocorrência dos vícios do consentimento na transação, como simulação, fraude contra credores, lesão, dentre outros.

Bastante relevante observar que, na interpretação dos negócios jurídicos – e, portanto, também da transação e das manifestações de vontade –, devem ser adotados os diversos métodos existentes de interpretação das normas. O art. 112 do Código Civil ressalta a importância que deve ser dada à *intenção manifestada* em detrimento do sentido literal de linguagem. Já o art. 114 do mesmo diploma legal prevê que tanto os negócios jurídicos benéficos quanto a renúncia interpretam-se estritamente. Na mesma linha, reconhece tal circunstância o art. 843, pois há presunção de que “cada um dos contraentes, ao transigir, pretende obrigar-se da maneira menos gravosa e extensa possível” (MATIELLO, 2008c, p. 461).

Em relação à homologação judicial da transação, há entendimento de que o juiz não pode decidir sobre o mérito da vontade das partes, devendo verificar apenas os requisitos formais. Deve ser reforçado, ainda, o princípio

5 É importante frisar que a própria teoria geral dos contratos, com o Código Civil de 2002, passou a adotar uma visão muito mais publicista do que privatista do instituto, passando a ter sempre em vista os valores constitucionais, levando ao desenvolvimento de princípios como os da *boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*. Ressalte-se que se tratam de ideias surgidas no âmbito do Direito Civil, área em que sempre prosperaram ideais muito mais individuais.

da indivisibilidade que vigora na transação, o que leva ao aproveitamento de todo o negócio jurídico, se perfeito e acabado, ou na sua inteira ineficácia, caso maculado de algum de seus preceitos. Assim, “sendo nula qualquer das cláusulas, a nulidade atingirá toda a extensão do contrato, não restringindo seu alcance apenas ao aspecto efetivamente viciado” (MATIELLO, 2008c, p. 458).

Contudo, deve ser ressalvado que em muitos casos uma só transação versa sobre vários direitos controvertidos. Aliás, esta é a situação das potenciais transações em âmbito trabalhista, uma vez que o contrato de trabalho abarca uma extensa gama de direitos e deveres, os quais podem ser todos tratados em um único negócio jurídico. Em tais situações, quando a nulidade afetar um dos direitos acerca dos quais as partes transigiram, “não retira a eficácia do acordo quanto aos demais (...), embora abarcados no mesmo negócio jurídico” (MATIELLO, 2008c, p. 458).

202 As características em relação à transação foram trazidas sem o objetivo de aprofundar o estudo do tema, mas, sim, com o intento de apresentar noções básicas dessa figura jurídica. As diversas características do instituto aqui tratado serão cruciais para estudar a nova figura da transação extrajudicial no âmbito do Judiciário Trabalhista, fornecendo importantes subsídios para a definição sobre a possibilidade, ou não, de homologação dos ajustes apresentados.

2.3 Defeitos do Negócio Jurídico

Conforme mencionado anteriormente, a transação é um negócio jurídico e, como tal, “provém de manifestação volitiva do agente e visa à produção de determinados efeitos”, tendo como pressuposto “a existência de uma vontade válida e eficaz a dar-lhe nascedouro escorreito” (MATIELLO, 2015, p. 97). Inicialmente, deve-se perquirir se houve uma manifestação volitiva no negócio jurídico e se há correspondência entre a ideia internamente construída pelo agente e a exteriorização da vontade. Em caso de não existirem problemas nesses dois aspectos, o negócio jurídico apresenta aptidão para produzir suas consequências; em caso de algum desequilíbrio, o negócio jurídico poderá ser desfeito ou não atingir as consequências por ele visadas.

Como negócio jurídico que é, por óbvio, a transação está sujeita aos seus defeitos, previstos no Código Civil entre os arts. 138 e 165, os quais são capazes de tornar o negócio anulável ou nulo. São considerados defeitos do negócio jurídico o erro ou ignorância, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores. Existe, em todos, algum vício na vontade do declarante ou uma emissão de vontade em descompasso com o ordenamento jurídico visando a algum fim defeso.

Há divisão dos defeitos do negócio jurídico em vícios do consentimento e vícios sociais, sendo aqueles (consentimento) situados na própria manifestação de vontade do agente, que a emite em desacordo com a elaboração interna que fez e estes (sociais) situados no resultado buscado, que entra em conflito com as previsões normativas. Ao primeiro grupo pertencem o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão; no segundo grupo está a fraude contra credores e a simulação, tratada pelo legislador no art. 167 do Código Civil, a qual gera a *nulidade* do negócio.

Nesse contexto, a importância dos vícios do negócio jurídico em relação aos acordos extrajudiciais reside no fato de que, se constatadas algumas das situações que possam tornar anulável ou nulo o negócio ou se o magistrado condutor do processo perceber indícios apontando nessa direção, tal ocorrência deve levar a maiores esclarecimentos sobre o acordo apresentado, não sendo recomendável a pronta homologação. E a prática indica que possíveis vícios na manifestação da vontade somente poderão ser apurados com a oitiva das partes, aparentando ser essencial a designação de audiência, conforme preceitua o art. 855-D da CLT.

Apenas a título de menção, o erro é um dos defeitos que podem ser verificados em um acordo extrajudicial. Seu conceito é “o conhecimento inexato ou falso a respeito de certo assunto, objeto ou pessoa” (MATIELLO, 2008a, p. 212). Em tal situação, portanto, o agente é levado a emitir vontade que não emitiria se tivesse amplo conhecimento sobre a realidade das circunstâncias envolvendo o negócio jurídico⁶. Distingue-se do dolo porque

⁶ Aqui, parece ter andado bem o legislador ao exigir, no art. 855-B da CLT, que as partes ou interessados na homologação do acordo extrajudicial estejam representados por advogados distintos. Dessa forma, presume-se que os envolvidos tenham sido esclarecidos por seus procuradores sobre os termos do ajuste, suas cláusulas e a sua extensão, evitando a ocorrência de erro em relação ao negócio jurídico.

no erro o emitente da vontade engana a si próprio, sem a participação da parte contrária ou do interessado na emissão da vontade, enquanto no dolo existe a indução ao equívoco pela atuação de outra pessoa (em geral o interessado na realização do negócio).

A **simulação** é outra situação que pode ser observada em transações ocorridas entre empregados e empregadores. Esta figura está inserida topograficamente na seção do Código Civil destinada às causas de invalidade do negócio, sendo a nulidade a consequência de seu reconhecimento, para que se evite o atingimento do interesse público com a propagação dos seus efeitos. Assim como a fraude contra credores, a simulação pode ser considerada

um dos chamados vícios sociais, pois além de atingir pessoas determinadas agride a ordem pública e a segurança das relações jurídicas. Traduz-se no deliberado desacordo entre a vontade interna e a exteriorizada, dando nascedouro a um negócio jurídico que somente existe na aparência, sem qualquer correspondência com a realidade, ou, então, ocultando o negócio desejado por meio de declaração artificiosa da vontade, objetivando produzir efeito diferente do aparentemente indicado (MATIELLO, 2008a, p. 325).

São características básicas da simulação o *conluio entre as partes*, ou entre uma delas e as pessoas a quem se destina a celebração simulada, a dissonância entre a vontade aparente e a vontade existente no íntimo do manifestante; e a intenção, em regra, de ludibriar terceiros, alcançando alguma vantagem direta ou indireta. Marcante é o fato de que a pessoa com quem o declarante está tratando possui conhecimento sobre a simulação e, conseqüentemente, da potencialidade lesiva a terceiro (que ignora tal intenção).

Enfim, uma primeira conclusão necessária indica que a constatação de indicativos de algum dos defeitos do negócio jurídico no momento da análise da avença pelo magistrado deve alertar o julgador, recomendando maior prudência quanto à homologação. O flagrante prejuízo de uma das partes e o potencial atingimento de terceiros (decorrentes de *simulação* ou *fraude contra estes*) são, de forma ainda mais justificada, razões suficientes para se concluir pela inconveniência da chancela judicial.

2.4 Quitação

O instituto da quitação encontra-se previsto no art. 320 do Código Civil, no qual consta que “sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a **espécie da dívida quitada**, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante” (grifei). O dispositivo acabou fixando a liberdade de forma para a quitação, pois não há necessidade de adoção de forma especial para o ato.

A quitação é uma prova do pagamento realizado e sempre conterá “os elementos indispensáveis à identificação do débito que está sendo solvido e à caracterização da quitação como regular” (MATIELLO, 2015, p. 194). Pode ser conceituada, portanto, como o instrumento escrito, “onde consta expresso indicativo no sentido de que o devedor adimpliu total ou parcialmente a obrigação” (MATIELLO, 2008b, p. 172).

As disposições quanto à quitação não exigem maior aprofundamento, mas a informação anterior merece ser sublinhada: a quitação, no âmbito civil, exige a identificação de qual débito está sendo pago, inclusive com menção ao valor, sob pena de ser considerado apenas parcialmente pago. Dessa forma, a mesma previsão deve valer para a quitação de verbas trabalhistas, caminho quase sempre trilhado pela jurisprudência trabalhista.

Aliás, no âmbito das relações laborais, a CLT possui regramento próprio, no art. 477, §2º, em que se encontra a previsão de que o instrumento de rescisão ou recibo de quitação, em qualquer forma de extinção contratual, deve especificar a natureza de cada parcela paga ao empregado, com discriminação do valor, sendo válida a quitação apenas em relação a estas parcelas – *especificadas* e em relação ao *valor* discriminado.

Muito embora a Reforma Trabalhista tenha revogado o art. 477, §1º, da CLT⁷, o teor do §2º permaneceu intocado. Dessa forma, a Súmula

7 Art. 477. (...) §1º O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho firmado por empregado com mais de um ano de serviço só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho.

330 do TST⁸ também permanece inalterada, com a ressalva em relação à menção feita à assistência da entidade sindical, ao dispor que a quitação dada pelo empregado ao empregador, com observância dos requisitos previstos nos parágrafos do art. 477 da CLT, possui eficácia liberatória geral em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

Na mesma linha seguem os itens I e II da Súmula, que apenas detalham que a quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo nem reflexos em outras parcelas, mesmo que essas estejam contidas no recibo, e que a quitação se limita ao período expressamente consignado no recibo de quitação quanto a direitos que deveriam ter sido pagos durante o contrato de trabalho.

No entanto, ainda com relação ao tema quitação, mas, no contexto de acordos ocorridos no curso de demandas judiciais, o E. TST possui duas orientações jurisprudenciais que ampliam a possibilidade de quitação, reconhecendo a figura da quitação geral em relação ao extinto contrato de trabalho. Eis o teor das orientações mencionadas:

OJ-SDI2-132 AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. ALCANCE. OFENSA À COISA JULGADA (DJ 04.05.2004)

Acordo celebrado – homologado judicialmente – em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista.

OJ- SDI2-154 AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO PRÉVIO AO AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO. QUITAÇÃO

8 SUM-330 QUITAÇÃO. VALIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

GERAL. LIDE SIMULADA. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO APENAS SE VERIFICADA A EXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010)

A sentença homologatória de acordo prévio ao ajuizamento de reclamação trabalhista, no qual foi conferida quitação geral do extinto contrato, sujeita-se ao corte rescisório tão somente se verificada a existência de fraude ou vício do consentimento.

Portanto, em regra, a quitação nas relações trabalhistas deve ser interpretada de forma restritiva, com a necessária indicação da natureza das parcelas pagas e a discriminação do respectivo valor. Essa é a leitura que deve ser feita em relação à quitação dada pelo empregado diretamente ao empregador, no momento da rescisão contratual, e também em relação aos pagamentos ocorridos durante a vigência do contrato de trabalho, como o pagamento de salário e outras parcelas trabalhistas típicas (férias, 13º salário, comissões, etc.).

No entanto, não é demais expor a costumeira e difundida prática de homologação de acordos com cláusula de quitação geral. Apesar de os contratos de trabalho contemplarem uma série de direitos e deveres recíprocos entre o empregado e o empregador, muitas vezes as partes, no curso de uma demanda trabalhista em juízo, decidem realizar um acordo. Em muitas ocasiões, o ajuste prevê uma cláusula de quitação geral, abrangendo não apenas os pedidos debatidos no processo, mas também todos os direitos que poderiam ser pleiteados pelo trabalhador em relação ao contrato de trabalho outrora mantido.

Por óbvio que o trabalhador, ao propor uma demanda em face de seu antigo empregador, apresente os pedidos relacionados a todas as possíveis situações de descumprimento de direitos. Assim, no curso de uma reclamatória trabalhista o juiz possui condições de saber quais são as questões controvertidas, pelo que pode analisar se o valor do acordo é adequado e compatível com os pedidos formulados. Tal situação torna compreensível a homologação judicial de avenças com cláusulas de quitação ampla e irrestrita, repito, no curso de ações judiciais.⁹

⁹ Ainda nessa linha, Schiavi (2012) entende que a inclusão de pretensões não postas em juízo na conciliação é plenamente possível, já que a finalidade primordial do instituto é alcançar

Contudo, o acordo extrajudicial possui características muito mais próximas da quitação outorgada pelo empregado ao empregador de maneira direta – sem a existência de provocação anterior do Poder Judiciário. O magistrado, por essa razão, não possui condições de saber de que forma ocorreu a prestação laboral, por falta de documentos e de discussão entre as partes. Desconhece quais os direitos que o trabalhador, em seu íntimo, possa considerar não atendidos. Como consequência, o alcance da quitação em transações extrajudiciais deve limitar-se às parcelas indicadas pelas partes.

Antecipando a matéria tratada adiante, parece ser essencial a indicação das parcelas objeto da transação, por ser a única interpretação possível do art. 855-E, *caput*, da CLT, quando fala em suspensão do prazo prescricional da ação quanto “aos direitos nela [petição de acordo extrajudicial] especificados”. Do contrário, ilógico cogitar a suspensão do prazo prescricional em relação apenas a algumas parcelas expressamente consignadas, enquanto o acordo outorga plena quitação ao extinto contrato de trabalho.

208

2.5 Acordo e Conciliação

Ao longo do artigo, muitas vezes há menção às figuras da transação, do acordo e da conciliação. Os termos são tratados em alguns momentos de forma indistinta, como se fossem sinônimos. No entanto, nem sempre há essa identidade de conteúdo. Por isso, importante e necessário esclarecer que, apesar de a transação ter características *semelhantes* às da conciliação realizada no âmbito de um processo, os conceitos não se confundem, uma vez que a primeira [transação] “pressupõe a verificação de certas circunstâncias arroladas na lei. Ademais, quando as partes conciliam estão se valendo de prerrogativa de natureza processual, ao passo que ao transigir fazem-no por meio de instituto civilista” (MATIELLO, 2008a, p. 455)

A conciliação, como a transação, também traduz o fim do litígio. Quando alcançada no curso do processo, a conciliação pode ser celebrada por meio de uma transação, que passa a ser o seu conteúdo. Embora seja forma

a pacificação social, abarcando também a prevenção de futuros litígios. Como reforço a este posicionamento, o art. 515, §2º, do CPC/2015 permitiu expressamente que a autocomposição judicial envolva sujeito estranho ao processo e verse sobre relação jurídica não deduzida.

mais comum, a conciliação *não* precisa ser necessariamente uma transação uma vez que, por meio dessa, também poderia ocorrer o reconhecimento da procedência do pedido ou a renúncia do direito em que se funda a pretensão, caso disponível.

Não é demais rememorar que a resolução dos conflitos pode ocorrer pela autotutela, pela autocomposição e por meio da heterocomposição, conforme lição bastante difundida nos estudos de processo. A *autotutela* é forma mais primitiva de solução de conflitos, caracterizada pela afirmação de um sujeito sobre outro, de forma unilateral, impondo seu interesse ao outro envolvido na disputa¹⁰. Já a *autocomposição* é caracterizada pela solução do conflito pelas partes, sem a intervenção de outros agentes no processo (renúncia, reconhecimento da procedência ou transação), inexistindo coerção entre os envolvidos no conflito. As modalidades de autocomposição podem ocorrer no âmbito da sociedade civil (*extraprocessuais*) ou no curso de uma demanda (*endoprocessuais*). Por fim, a heterocomposição é a solução do conflito por um terceiro, sem necessidade de concordância das partes inseridas na controvérsia à decisão. Arbitragem e a jurisdição estatal são modalidades de heterocomposição.

209

Portanto, o acordo extrajudicial caracteriza uma forma de autocomposição a que chegam os envolvidos, ocorrida sem a prévia provocação do Estado – fora do processo, portanto –, submetida ao Juízo para sua homologação ou não. Por óbvio que, em caso de homologação, a sentença proferida constitui título executivo judicial, nos termos do art. 515, III, do CPC/2015, cuja competência para a execução será do juiz responsável pela homologação, conforme única interpretação possível do art. 877-A da CLT.

O Judiciário Trabalhista sempre demonstrou enorme preocupação com a solução conciliada dos litígios, a ponto de elevar a conciliação a um dos princípios específicos do processo do trabalho. Um dos grandes méritos da

10 Esta forma de solução de controvérsias vem sendo vista com restrição em nossos tempos, sobretudo pela existência de outras maneiras mais civilizadas de resolver os conflitos, com grande proeminência dada ao papel do Poder Judiciário. No entanto, nas relações laborais ainda persiste a figura da greve, importante exemplo de utilização da autotutela, muito embora atualmente o direito encontre-se devidamente regulamentado e o seu exercício deva ocorrer dentro dos limites previstos da Lei n. 7.783/1989.

conciliação é que ela “é a melhor forma de resolução do conflito trabalhista, pois é solução oriunda das próprias partes que sabem a real dimensão do conflito, suas necessidades e possibilidades para melhor solução” (SCHIAVI, 2012, p. 101-102). Por esse motivo, não são poucos os momentos destinados à tentativa de conciliação no processo do trabalho e não são poucas as menções ao termo na CLT (apenas de forma exemplificativa, arts. 764, 846 e 850).

Contudo, não se pode olvidar que muitas vezes essa notória “vocação” conciliatória, somada ao intuito fraudat rio de algum dos envolvidos nas rela es laborais, acabou fazendo da Justiça do Trabalho um campo muito pródigo para a realiza o de falsos acordos, com diversos objetivos escusos. Uma preocupa o quanto ao procedimento foi brilhantemente exposta nos seguintes termos:

Os juízes do trabalho desenvolveram grande preocupa o com o crescimento alarmante das lides simuladas, assim entendidos os falsos processos trabalhistas, feitos exclusivamente para se obter a homologa o de um acordo capaz de quitar todo o contrato de trabalho. Dado que o Brasil não oferece canais adequados para o diálogo social e dada a estrutura confusa sindical com que convivemos ao longo dessas décadas, involuntariamente a Justiça do Trabalho se tornou um raro espaço para a apresenta o das queixas, críticas e anseios do direito do trabalho. E, para complementar, ela oferece um mínimo de segurança às rela es jurídicas ao atribuir o selo da coisa julgada – através dos julgados de mérito ou através dos acordos homologados judicialmente. **Foi assim que muitos perceberam a enorme vantagem de “forçar” um acordo trabalhista como maneira eficaz de pôr fim ao litígio mas também   expectativa de litígios futuros** (SILVA, 2017, p. 165, grifei).

Esta manifesta o externa a preocupante situa o prática dos acordos e concilia es que, em verdade, não são acordos nem concilia es. Da mesma forma, *não* pacificam nenhum tipo de conflito. Muitas vezes conflito efetivo, em verdade, não há. Portanto, assim como na homologa o de acordos apresentados pelas partes no curso de uma demanda, o juiz do trabalho não está obrigado a homologar o acordo extrajudicial, por constituir “ato jurisdicional que decorre do livre convencimento motivado do magistrado” (SCHIAVI, 2012, p. 102).

Ora, forma-se aqui uma segunda conclusão, no sentido de que,

se o acordo apresentado não for compatível com a ideia de conciliação, se não promover a efetiva pacificação de um conflito (ainda que conflito meramente potencial), cabe ao juiz do trabalho recusar a homologação. Isso porque a conciliação intentada pelo Judiciário Trabalhista não deve ser apenas formal e quantitativa, com o objetivo de atingir metas, mas, sim, *qualitativa e efetiva*.

3 REQUISITOS EXPRESSOS DA TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Bem antes da vigência da Reforma Trabalhista, em tempos anteriores ao Código de Processo Civil de 2015, já se falava na possibilidade de homologação de transação extrajudicial envolvendo matéria trabalhista, com fundamento no art. 475-N do Código de Processo Civil vigente à época. Número significativo de ações dessa natureza tramitavam nas Varas do Trabalho, com notória divergência de entendimentos quanto à competência da Justiça Laboral para homologação de tais acordos. A ampliação da competência decorrente da Emenda Constitucional n. 45/2004 indicava a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições do CPC, uma vez que a CLT era omissa quanto à matéria. Mas, ao mesmo tempo, indicavam-se cautelas necessárias:

211

(...) pensamos que o Juiz do Trabalho deva tomar **inúmeras cautelas para homologar eventual transação extrajudicial**. Deve designar audiência, inteirar-se dos **limites do litígio** e **ouvir sempre o trabalhador**. Acreditamos que somente em casos excepcionais deve o Juiz homologar o acordo extrajudicial com eficácia liberatória geral (SCHIAVI, 2012, p. 48, grifos acrescidos).

Outros doutrinadores concordam que os dispositivos relacionados à homologação de acordo extrajudicial não previu grande novidade no processo do trabalho, pois “o processo de homologação de acordo extrajudicial já tinha cabimento na Justiça do Trabalho em face da previsão na lei processual civil” (MEIRELES, 2018, p. 111).

No entanto, há vozes dissonantes na doutrina que apontam que a homologação de acordos ou transações extrajudiciais foi uma inovação trazida pela Lei n. 13.467/2017. É nesse sentido:

Ora, não há falar em tal processo antes de 11.11.2017. A Justiça do Trabalho não tinha, até a referida data, competência para homologar acordo extrajudicial, tanto que o legislador precisou alterar o art. 652, para ali acrescentar a alínea *f* – olvidando-se de que este artigo não continha mais a alínea “e” desde 1944, porque o Decreto-lei n. 6.353, de 20.03.1944, já havia suprimido esta alínea ao dar nova redação à alínea *d* do art. 652 –, atribuindo às Varas do Trabalho competência para *decidir* sobre a homologação de acordo extrajudicial, em matéria de competência da Justiça do Trabalho (SILVA, HBM. 2018, p. 161).

Aliás, após mencionar as lides simuladas frequentemente verificadas no cotidiano da Justiça do Trabalho, Silva, 2017, afirma não deixar de ser surpreendente a inserção na CLT, via Reforma Trabalhista, de figura muito similar à famosa “casadinha”, oficializando a possibilidade de acordo extrajudicial firmado por ambas as partes ser homologado judicialmente. E faz a reflexão crítica de que o acordo judicial, se alargado ou deturpado, pode acabar com a totalidade dos processos trabalhistas.

212

Por óbvio que a previsão expressa quanto à possibilidade de homologação realmente foi introduzida pela Reforma Trabalhista, mas é impossível fechar os olhos para a realidade. Assim, de fato tais acordos já eram submetidos aos Juízes do Trabalho antes de 11-11-2017, mas também é verdadeira a afirmação de que a possibilidade de homologação apenas se tornou pacífica a partir da introdução da alínea “d” do art. 652 da CLT, somada aos procedimentos previstos a partir do art. 855-B do mesmo diploma legal. Da mesma forma, muito ligada à realidade a preocupação de parte da doutrina em relação às lides simuladas que já existiam e que passaram a ser vistas com alto grau de tolerância – para não falar em ampla aceitação – a partir do novo procedimento tratado neste artigo.

No entanto, olhando de forma prospectiva, a discussão sobre a possibilidade, ou não, de homologar acordos anteriores à vigência da Reforma Trabalhista perde o sentido no momento em que a Lei n. 13.467/17 já caminha para seu segundo ano de vigência, sendo indiscutível que o Judiciário Trabalhista passou a ter uma nova competência expressamente incluída por ela. Novamente, necessária a discussão sobre os dispositivos legais inseridos pela nova legislação, seus acertos e desacertos, bem como as possíveis lacunas que ainda devam ser preenchidas.

O denominado “processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial”, inserido pela Lei n. 13.467/17, portanto criou uma nova competência para as Varas do Trabalho de forma expressa, conforme art. 652, “f”, da CLT (“decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”), atribuindo aos juízes do trabalho o poder de analisar tais avenças, decidindo quanto à homologação do acordo apresentado. Bastante lacônicos, no entanto, foram os dispositivos trazidos para definir o procedimento a ser seguido em tais situações, previstos a partir do art. 855-B da CLT.

O presente estudo, da mesma forma que não pretende perquirir a matéria de forma retrospectiva, também não almeja tratar sobre a (in) constitucionalidade do dispositivo. Não intenta, ainda, analisar os pontos trazidos de forma expressa pela Reforma Trabalhista, mas, sim, apontar as omissões passíveis de correção e os dispositivos que demandarão interpretação sistemática do magistrado, de forma a concluir sobre a viabilidade, ou não, de homologar determinada transação apresentada. Por isso, haverá apenas uma breve remissão aos procedimentos contidos a partir do art. 855-B, os quais apresentam, na visão deste artigo, requisitos formais *mínimos* a serem cumpridos.

213

Inicialmente, o legislador falou que o processo começa por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogados, vedada a representação por advogado comum (art. 855-B, *caput*)¹¹. O trabalhador pode ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria (art. 855-B, §2º). Em síntese, tanto o trabalhador quanto o empregador devem estar representados por advogado, que não poderá ser comum (art. 855-B, §1º), considerando o conflito de interesses em que o procurador invariavelmente ficaria envolvido caso não existisse essa exigência, com procurações outorgadas por dois potenciais contendores, com objetivos e pretensões distintas. Além disso, o dispositivo almeja evitar a utilização do procedimento como uma lide simulada “legal”.

11 Aqui, uma conclusão pode ser firmada: o *jus postulandi* foi afastado para este tipo de jurisdição voluntária, não remanescendo dúvida quanto a isso pela simples leitura do dispositivo, muito embora a capacidade postulatória tenha sido mantida no art. 791 da CLT, mesmo após a Lei n. 13.467/17.

No entanto, algumas dúvidas persistem neste particular aspecto. Inicialmente, a literalidade da lei veda apenas a representação das partes por advogado *comum*. Esta restrição não existe no processo civil, mais um argumento a justificar a sua possível adoção no processo do trabalho como forma de assegurar a independência do advogado dos envolvidos, para que possa analisar o acordo levando em conta os direitos em conflito, obtendo uma solução justa. Sendo esta a interpretação extraída da lei, o termo advogado comum deve ser compreendido com a leitura mais ampla possível. Não é possível a representação dos requerentes por advogados vinculados ao mesmo escritório, por exemplo, pois esta situação caracterizaria a representação por advogado comum, incidindo o requisito negativo do art. 855-B, §1º.

Outro potencial conflito surgido a partir desse requisito negativo associa-se ao motivo da contratação do profissional pelo trabalhador. Assim, em caso de questionamento ao trabalhador e havendo afirmação de que o profissional que o representa foi indicado pela empresa ou, de forma mais grave, que a contratação nem sequer foi realizada por ele, limitando-se a assinar a procuração sem escolha do advogado, implicitamente ocorre desrespeito ao requisito negativo da representação por advogado comum. Tais situações, inclusive, poderão caracterizar indícios de coação ou de lesão, cabendo ao juiz competente analisar o caso concreto e definir a solução a ser adotada.

Por fim, excedendo um pouco ao conteúdo literal da lei, mas associado à intenção da lei, encontra-se a análise quanto aos honorários advocatícios. Muito embora maior parte dos acordos limita-se a registrar texto padrão de que cada parte arcará com os honorários de seu procurador, suficiente para os acordos ocorridos no curso de processo judicial contencioso, essa solução aparentemente não afasta dúvidas nos processos de homologação de acordo extrajudicial. Na jurisdição voluntária trabalhista é recomendável perquirir a forma de pagamento dos honorários do advogado, sem intenção de interferir na relação existente entre advogado e cliente. Em verdade, o esclarecimento possui relevância porque o pagamento dos honorários do advogado de um dos interessados pelo outro caracteriza, indiretamente, o descumprimento do requisito da representação das partes por advogados distintos.

Considerando mais uma vez a intenção implícita extraída da exigência de representação das partes por advogados distintos, ou seja, de que o advogado seja efetivo representante dos interesses da parte / interessado que lhe outorgou procuração, obrigatória a conclusão de que o pagamento de honorários pela outra parte descumpra o requisito legal. Se o advogado, representando um dos interessados, recebe honorários do outro interessado apenas para atuar no processo, sem vinculação ao valor do acordo, justifica-se a presunção de que o procurador não dispõe de liberdade para negociar os termos da avença. Entretanto, tais indícios devem ser somados a outros indicativos hábeis a concluir pela existência de representação de uma das partes com a única finalidade de suprir formalidade legalmente exigida.

Ainda, na questão relacionada aos honorários dos procuradores das partes, em caso de confirmação quanto ao repasse de honorários contratuais pelo trabalhador ao seu advogado, o percentual habitualmente retido deve ser levado em consideração pelo juiz para decidir quanto à homologação. Ora, um dos fatores sopesados pelo magistrado deve ser a razoabilidade do conteúdo patrimonial do ajuste, sendo o patamar, para o trabalhador, o valor líquido a ele destinado, com o desconto de eventuais honorários. Este critério ganha ainda mais importância no caso de aceitação do acordo extrajudicial como meio de extinguir contratos de trabalho, pois as verbas rescisórias devem ser direcionadas integralmente ao trabalhador, mesmo em acordos extrajudiciais.

O art. 855-C, por sua vez, prevê que a apresentação de acordo extrajudicial para homologação não prejudica o prazo previsto no art. 477, §6º, da CLT. Além disso, também, não afasta a multa prevista no §8º do mesmo artigo. Os dispositivos mencionados dizem respeito, respectivamente, ao prazo para pagamento das verbas rescisórias e para entrega dos documentos relativos à extinção contratual (§6º) e às multas a que está sujeito o infrator em caso de não realização dos procedimentos no prazo legal. Houve a manutenção da exigência dos procedimentos e penalidades em caso de descumprimento do prazo, mesmo nos casos em que empregador e empregado apresentem acordo extrajudicial pendente de análise.

Parece nítida a única interpretação possível em relação ao dispositivo:

os acordos extrajudiciais *não* se destinam a definir a modalidade de extinção contratual e não são o meio próprio para quitar verbas rescisórias, muito menos para que o Juízo substitua o empregador e realize procedimentos administrativos, fazendo as vezes de setor de recursos humanos, expedindo alvarás para fins diversos e desonerando o contratante de tais burocracias (necessárias, não é demais frisar).

Se houve extinção contratual, é dever do empregador realizar os procedimentos próprios, comunicando aos órgãos sobre o fim do pacto. Deve, ato contínuo, emitir o termo de quitação com pagamento das verbas devidas, efetuar os recolhimentos previdenciários e fiscais incidentes e entregar os documentos legalmente previstos ao trabalhador. Em suma, “à luz do art. 855-C, é certo que a rescisão contratual já precisará estar consumada antes de qualquer homologação a ela relacionada” (LIMA *et al.*, 2018, p. 53).

Neste ponto particular, importante notar que a *mens legislatoris* discrepa do conteúdo expresso e literal da lei. Esclarecedor quanto a esse flagrante confronto entre vontade do legislador e letra da lei é a seguinte transcrição:

(...) de acordo com o aludido parlamentar [Deputado Rogério Marinho, autor do substitutivo de Lei ao PL 6.787/2016, depois transformado na Lei n. 13.467/2017], “esse ato dependerá de iniciativa conjunta dos interessados, com assistência obrigatória de advogado. Ouvido o juiz, se a transação não visar a objetivo proibido por lei, o Juiz homologará a rescisão. [...]”, tendo ainda ressaltado o seguinte o Deputado: “esperamos que, **ao trazer expressamente para a lei a previsão de uma sistemática para homologar judicialmente as rescisões trabalhistas, conseguiremos a almejada segurança jurídica para esses instrumentos rescisórios, reduzindo, consequentemente, o número de ações trabalhistas e o custo judicial**”.

Ocorre que não há, no texto legal, qualquer delimitação ou reconhecimento do acordo extrajudicial como estando atrelado à figura da rescisão contratual.

Na realidade, o legislador extinguiu a assistência à rescisão contratual, que era realizada pelos sindicatos, e não colocou nada em seu lugar.

A intenção do parlamentar, não traduzida no texto legal, de que a figura do acordo extrajudicial substituiria a extinta assistência,

simplesmente não pode ser aceita, sob pena de transformar-se a Justiça do Trabalho em órgão eminentemente administrativo (LIMA *et al.*, 2018, p. 51, grifei).

Ora, possivelmente a intenção do legislador antes reproduzida permaneceu apenas na vontade do ex-congressista e não foi inserida expressamente no texto que tramitou pelo Congresso porque seria flagrantemente ilegal a exigência imposta ao empregado e ao empregador de utilizar o Poder Judiciário para extinguir um contrato de trabalho. Isso porque, pensando na boa-fé como regra, o empregador e o empregado precisariam, cada um deles, contratar seus advogados para extinguir uma relação contratual. Logo, ao custo da dispensa seriam acrescidos os honorários do procurador da empresa e, eventualmente, os do procurador do reclamante (do contrário, este receberia verbas rescisórias reduzidas em razão do valor a ser repassado ao advogado).

Além disso, estaria sendo subvertida a função jurisdicional da Justiça do Trabalho, que passaria a assumir função própria dos sindicatos e de órgãos administrativos. E não é um acréscimo desnecessário dizer que, presumindo-se essa exigência, jamais poderia ser cogitada a ideia de desafogar o Poder Judiciário, considerando que apenas no ano de 2016 1,32 milhão de empregos formais foram extintos no Brasil (282 trabalhadores demitidos por hora), conforme Lima *et al.* (2018). Se todas as rescisões ocorridas exigirem a passagem pelo Judiciário Trabalhista para fins “homologatórios”, certamente ocorrerá uma explosão no número de processos trabalhistas¹², o que jamais auxiliará a desafogar a Justiça do Trabalho e de forma alguma reduzirá os custos judiciais.

Por fim, uma última repercussão importante do art. 855-C aponta no sentido de que o acordo extrajudicial não permite o pagamento das verbas rescisórias em valor inferior ao devido, nem em prazo superior ao legalmente previsto e, muito menos, o parcelamento da verba. Tendo o acordo tais finalidades, o pedido de homologação em tais termos “será juridicamente

12 Dados apresentados pela Coordenadoria de Estatística do TST mostram que, de janeiro a setembro de 2017, foram ajuizadas 2.013.241 ações trabalhistas, número reduzido para 1.287.208 no mesmo intervalo de meses do ano de 2018, redução considerável, muito embora o número de acordos extrajudiciais tenha apresentado movimento contrário, com aumento relevante. Fonte: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445

impossível, por expressa vedação legal, e nem poderá ser conhecido” (LIMA *et al.*, 2018, p. 53).

Talvez pelos motivos expostos, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMEC) do maior Tribunal Regional do Trabalho brasileiro (2ª Região, São Paulo), antes do início da vigência da Lei n. 13.467/2017, expediu diretrizes relacionados aos pedidos de homologação de acordos extrajudiciais¹³, dentre as quais constou que a quitação envolvendo sujeito estranho ao processo ou relação jurídica não deduzida em juízo somente é possível em caso de autocomposição judicial em *processo contencioso*. Além disso, a possibilidade de quitação foi limitada aos direitos especificados na petição de acordo, tornando inócuos acordos com cláusulas de quitação geral em relação ao extinto contrato de trabalho.

Não é outra a conclusão a que se chega após analisar o art. 855-D que definiu prazo de 15 dias, a partir da distribuição da petição, para que o juiz analise o acordo, designe audiência se entender necessário e profira sentença. Ora, se o prazo para pagamento das verbas decorrentes da extinção contratual e cumprimento de demais obrigações do empregador é de 10 dias e o prazo para análise do acordo é de 15 dias, inviável admitir que no acordo sejam inseridos direitos relacionados à rescisão contratual. Também inviável o requerimento de expedição de alvarás para liberação de FGTS e seguro-desemprego, sobretudo porque na lei há expressa manutenção da obrigatoriedade de adoção dos procedimentos burocráticos pelo empregador.

Mais uma vez, de forma correta e dentro da vontade da lei, a diretriz expedida pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas do TRT da 2ª Região restringe os acordos extrajudiciais nesse ponto, rejeitando de antemão a expedição de alvarás para os fins antes indicados, deixando claro que, *por não se tratar de jurisdição contenciosa, cabe ao empregador assegurar ao empregado o acesso aos respectivos benefícios*.

Ademais, o prazo previsto no artigo é impróprio¹⁴ e não se coaduna com a realidade de maior parte das unidades judiciárias de primeiro grau.

13 Fonte: Diretrizes do NUPEMEC-JT2 para Pedidos de Homologação de Acordos Extrajudiciais, disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/institucional/conciliacao/conciliacao-2>>

14 Impróprio por se referir a ato a ser praticado pelo Juiz, não gerando qualquer consequência no processo em caso de não ser respeitado.

Ora, a lei exige que em 15 dias ocorra a análise do acordo, seja designada audiência nos casos em que o magistrado entenda necessário e proferida a sentença. Aqueles que pretendam cumprir o prazo legal obviamente deverão relegar a efetiva análise do conteúdo dos acordos a segundo plano ou deverão passar a tratar essa classe judicial como prioritária para todos os fins, soluções aparentemente inadequadas. Nesse sentido, nova crítica doutrinária contundente é feita nos seguintes termos:

Trata-se de mais uma bravata do legislador, tal como já feito no rito sumaríssimo, que também promete respostas em 15 dias (art. 852-B), mas quem manda nesses prazos é, sobretudo, a realidade. (...) Enfim, a questão é complexa demais para se achar que, doravante, tudo se resolverá em 15 dias (SILVA, HBM. 2018, p. 167).

Assim, muito embora expressamente inserido na CLT e adequado à ideia de razoável duração do processo, o prazo de 15 dias não se sobrepõe à necessária análise pormenorizada dos termos do acordo. Se o magistrado entender essencial a apresentação de documentos, se considerar obrigatória a oitiva das partes e se concluir ser aconselhável a manifestação do Ministério Público do Trabalho, tais medidas deverão ser adotadas, mesmo que isso acarrete o descumprimento do prazo legalmente indicado. Aliás, nesse aspecto é bastante razoável a interpretação da norma indicando que o prazo de 15 dias

se trata de prazo para análise do acordo extrajudicial, com a finalidade de se definir se está apto à homologação ou não. **Concluindo-se pela possibilidade de homologação da petição apresentada pelas partes, o juízo deverá fazê-lo no prazo de quinze dias.** Do contrário, despachará neste mesmo prazo designando audiência (para a primeira pauta livre da Vara do Trabalho) e, neste caso, proferirá sentença no prazo legal de dez dias (art. 723, *caput*, CPC...) (BASTOS, 2018, p. 457, grifei)

Portanto, a audiência eventualmente designada deve buscar o esclarecimento de pontos obscuros ou dirimir dúvidas substanciais sobre o acordo, não devendo ser destinada à mera homologação. Se o juiz, após a apresentação da petição, entende que já possui dados suficientes para formar sua convicção sobre a viabilidade da homologação, nada justifica postergar esta análise. A designação de audiência, muito embora seja aconselhável, é uma faculdade do juiz e pode ser dispensada.

Por fim, o art. 855-E da CLT fala em suspensão do prazo prescricional *da ação* a partir da petição de homologação, o que ocorrerá quanto aos direitos nela especificados (aqui, em verdade, há suspensão do prazo prescricional quanto à pretensão, pois esta é extinta pela prescrição, conforme art. 189 do Código Civil). O legislador, por óbvio, não foi ingênuo nesse ponto ou, talvez, tenha sido simplesmente realista, pois a previsão adotada considera o contexto efetivo observado por aqueles que militam no Judiciário Trabalhista: as discussões apresentadas ocorrem, em regra, quando o contrato de trabalho não se encontra mais vigente. Do contrário, não faria sentido falar em suspensão do prazo prescricional, cuja contagem é iniciada a partir da extinção do contrato de trabalho, conforme art. 11 da CLT. Porém, nada impede que o acordo extrajudicial seja firmado com um trabalhador com vínculo de emprego vigente e notícias já apontam para ocorrência de transações nesse sentido¹⁵.

220
No parágrafo único do art. 855-E, o legislador previu o *reinício* da fluência do prazo prescricional no dia útil seguinte ao trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo. Relevadas as impropriedades técnicas, próprias de leis aprovadas de forma açodada, e dando ênfase à intenção do legislador, novamente, o teor do artigo parece sugerir que realmente se trata de suspensão da fluência do prazo prescricional, pelo que a expressão *reinício* deve ser entendida como a retomada da fluência do prazo prescricional a partir de onde havia sido suspenso. Rememora-se que a Reforma Trabalhista introduziu o art. 11, §3º, na CLT, o qual prevê que a interrupção da prescrição *somente* ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que seja extinta sem análise de mérito, limitada a interrupção aos pedidos idênticos, ou seja, a apresentação de acordo extrajudicial não foi incluída nas hipóteses legais de interrupção da prescrição trabalhista.

Contudo, o conteúdo do art. 855-E, *caput* e parágrafo único,

15 Em janeiro de 2018, ainda nos primeiros meses de vigência da Lei n. 13.467/17, foi noticiado acordo extrajudicial homologado pela 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, cujo teor era restrito à redução das horas de trabalho da empregada, com manutenção do salário-hora. No caso, ficou registrado o interesse da trabalhadora, em razão de questões familiares. Fonte: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/seguindo-reforma-trabalhista-juiz-homologa-acordo-extrajudicial-12012018>. Acesso em 21.03.2019

reforça a necessidade de indicação dos direitos transacionados no acordo extrajudicial. Do contrário, não haveria motivos para dizer que a suspensão do prazo prescricional refere-se *apenas aos direitos especificados no acordo*. E, por consequência lógica, este dispositivo também inspira interpretação limitativa às cláusulas de quitação geral em relação ao extinto contrato de trabalho, pois devem ser consideradas quitadas as parcelas expressamente indicadas ou especificadas pelos peticionantes. Como reforço aos argumentos, não é demais relembrar a forma como a legislação e a jurisprudência trabalhistas sempre trataram a quitação, conforme exposto em capítulo anterior.

4 APLICAÇÃO SUPLETIVA DAS PREVISÕES DO PROCESSO CIVIL

A simples leitura panorâmica dos dispositivos destinados a regular a nova jurisdição voluntária trabalhista demonstra a simplicidade dos dispositivos, quase todos com a pretensão de definir requisitos formais mínimos ao procedimento, e a necessidade de complementação da sistemática introduzida pela Lei n. 13.467/17. Em tal situação, essencial a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, uma vez que a CLT possui regramento próprio, no entanto as previsões carecem de complemento (arts. 769 da CLT e 15 do CPC).

221

O Código de Processo Civil, por sua vez, possui regramentos mais detalhados quanto à jurisdição voluntária, sendo de extrema valia as previsões daquele ramo processual para o processo do trabalho, ainda mais se for considerada a quase total inexistência de processos semelhantes no âmbito do Judiciário Trabalhista até um passado recente, dificultando a definição de contornos quanto aos procedimentos a seguir.

4.1 Custas

Inicialmente, há previsão na norma adjetiva civil quanto às custas no art. 88¹⁶. Muito embora a disposição processual comum vá de encontro ao preceito celetista contido no art. 789, *caput* e §1º, aquela afigura-se mais

16 Art. 88. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.

específica e própria. Até mesmo porque o §1º do art. 789, que prevê o momento de pagamento das custas no processo do trabalho (após o trânsito em julgado da decisão) atribui a responsabilidade ao *vencido*, certamente por partir da lógica própria do processo em sua perspectiva tradicional (litigioso), sistemática inadequada à jurisdição voluntária.

Desse modo, tratando-se de jurisdição voluntária, cuja utilização é facultada – e não imposta – aos envolvidos (partes ou interessados), o que mitiga a ideia de acesso à justiça, não há justificativa válida para afastar o adiantamento de despesas pelos interessados. De igual forma, como não há obrigatoriedade de provocação do Judiciário e as partes são representadas por advogado e transigem sobre direitos disponíveis, não se pode invocar a concessão da assistência judiciária gratuita ao trabalhador com o intuito de isentá-lo das custas processuais em caso de jurisdição voluntária, pois inexistente previsão legal nesse sentido no CPC, na CLT e nas leis esparsas sobre o tema (Lei n. 1.060/50 e Lei n. 5.584/70).

222

Ademais, na jurisdição voluntária trabalhista, a chancela judicial ao acordo firmado entre os interessados apresenta características semelhantes a um serviço prestado a eles. Após a análise dos termos da avença, conforme previsto no art. 855-D da CLT, entendendo pela conveniência da homologação, a sentença produzirá o resultado pretendido pelos peticionantes: segurança jurídica para o empregador, para que não sejam postuladas novamente as parcelas indicadas, e formação de um título executivo judicial para o empregado, o qual poderá ser exigido de imediato em caso de inadimplemento.

Quanto à base de cálculo e o percentual das custas, a solução deve ser buscada na CLT (art. 789, *caput* e inciso I), pois há regramento próprio ao processo do trabalho. Novamente, pioneiro na adoção da sistemática foi o NUPEMEC do TRT da 2ª Região que determinou a cobrança prévia de custas de 2% sobre o valor do acordo, rateadas entre os interessados. A determinação de cobrança, no caso do TRT da 2ª Região, é feita no despacho que recebe a petição inicial, pelo juiz vinculado ao CEJUSC.

Diante do exposto, inexistindo previsão própria na legislação trabalhista, a adoção do procedimento do processo civil torna-se adequada ao procedimento a ser seguido na jurisdição voluntária trabalhista. O

incremento de arrecadação, decorrente da possibilidade de concessão de chancela judicial aos acordos, é outro fator que não deve ser ignorado. Isso porque a atuação do Judiciário Trabalhista assegura maior segurança jurídica e sua utilização, em tais casos, é uma faculdade dos interessados, não havendo justificativa para a isenção de custas, que deve ser restrita aos beneficiários da assistência judiciária gratuita em processos judiciais litigiosos – reclamatórias trabalhistas típicas.

4.2 Legitimidade e Documentos

O art. 720 do CPC/15 dispõe quanto aos legitimados para iniciar o procedimento de jurisdição voluntária (interessado, Ministério Público ou Defensoria Pública), cabendo a esses legitimados formular o pedido instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial. Este artigo, por não apresentar nenhuma previsão impeditiva, é aplicável à jurisdição voluntária trabalhista, com as necessárias adaptações.

Inicialmente, a previsão celetista falou apenas em *partes*, termo utilizado no art. 855-B, *caput* (representação das partes por advogado) e §1º (impossibilidade de serem representadas por advogado comum). Facultou-se ao trabalhador a assistência por advogado do sindicato de sua categoria (§2º). As previsões apontam a restrição aos legitimados para o acordo extrajudicial trabalhista, os quais seriam apenas o trabalhador e o seu empregador.

O Ministério Público do Trabalho já possui ferramenta hábil para tutelar os direitos coletivos de forma extrajudicial – termos de ajuste de conduta –, inclusive sendo incluída no rol de títulos executivos extrajudiciais, conforme o art. 876 da CLT, passíveis de execução na Justiça do Trabalho. Assim, uma primeira análise indica a necessidade de excluir a possibilidade de o Ministério Público do Trabalho figurar entre os legitimados para firmar acordo extrajudicial trabalhista, até mesmo por dispor de instrumento mais eficaz.

Por outro lado, a conclusão é diversa em relação à Defensoria Pública, pois essa pode figurar como legitimada, representando algum cidadão por ela assistido. Inclusive, o art. 134 da Constituição Federal prevê a atuação judicial e extrajudicial da Defensoria e a Lei Complementar n.

80/1994, no seu art. 14, definiu que a Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios com a Justiça do Trabalho. Portanto, muito embora a prática indique quase inexistir atuação da Defensoria Pública no âmbito do Judiciário Trabalhista, isso ocorre muito mais por falta de estrutura e a pouca capilarização da instituição do que por falta de previsão legal nessa direção.

E a presença do Defensor Público assistindo o trabalhador atende plenamente ao preceito do art. 855-B, *caput*, pois este possui como função institucional exercer a defesa dos necessitados e promover a solução extrajudicial dos litígios (art. 4º, incisos I e II, da Lei Complementar n. 80/1994). Logo, inviável uma interpretação restritiva, pois isso obrigaria o trabalhador a contratar um advogado particular mesmo em situações nas quais esse é economicamente vulnerável. Até por esse motivo, seria extremamente valiosa a ampliação da atuação da Defensoria Pública na Justiça do Trabalho, inclusive no encaminhamento de acordos extrajudiciais.

224

Em relação à instrução do *procedimento*, totalmente pertinente e necessária a complementação da lacuna normativa existente no particular. Para a efetiva análise do acordo pelo juiz quanto à viabilidade, ou não, de sua homologação, essencial a apresentação de documentos relativos ao contrato de trabalho objeto da avença. Do contrário, não dispondo de informações mínimas, como poderá o magistrado perquirir se o contrato foi realmente extinto, com o devido pagamento das verbas devidas no prazo e comunicações aos órgãos competentes sobre a terminação, como exige o art. 855-C? De que forma poderá analisar se os valores são razoáveis se não tiver acesso aos dados contratuais do empregado ou ex-empregado, como salário, tempo de vínculo e outros?

Com a intenção de sanar essa lacuna na legislação trabalhista, o TRT da 2ª Região, nas diretrizes do CEJUSC sobre os acordos extrajudiciais antes já mencionadas, apresentou os elementos *mínimos* exigidos na petição inicial de acordo extrajudicial. Inseriu como essenciais os seguintes dados: identificação do contrato ou relação jurídica; obrigações pactuadas (valor, tempo e modo de pagamento), cláusula penal, títulos negociados e valores respectivos, o valor da causa e a atribuição de responsabilidade pelos recolhimentos fiscais e previdenciários. Muito embora acrescente requisitos

não exigidos pela lei, este tipo de regramento parece essencial para definir critérios uniformes – tanto para os magistrados quanto para os advogados –, sobretudo diante dos concisos dispositivos legais sobre a matéria.

Portanto, com fundamento no art. 720 do CPC – somado ao dever atribuído ao magistrado de analisar o acordo, conforme preceitua o art. 855-D –, devem os requerentes instruir a petição de acordo com os documentos essenciais para a análise sobre a conveniência de homologar a transação apresentada. Não sendo apresentados, com a petição de acordo, substratos hábeis a subsidiar minimamente a convicção do magistrado, perfeitamente possível a solicitação dos documentos faltantes, conforme definição do juiz competente, a quem fica autorizado requisitar aqueles necessários para esclarecer os pontos em relação aos quais existam dúvidas. E a inércia dos interessados (ou partes), após intimados para apresentar os documentos, conduzirá à extinção do processo de jurisdição voluntária sem a análise quanto ao conteúdo da transação.

4.3 Manifestação do Ministério Público do Trabalho

225

O procedimento previsto na lei processual civil indica a necessidade de citação de todos os interessados e a intimação do Ministério Público, nos casos do art. 178¹⁷, para manifestação no prazo de 15 dias. Este é o teor do art. 721 do CPC/2015, aplicável subsidiariamente à jurisdição voluntária trabalhista com a necessária adaptação.

O Ministério Público do Trabalho tem as suas competências definidas na Lei Complementar n. 75/1993, dentre as quais se encontram a manifestação em caso de interesse público que justifique a intervenção, a promoção de ação civil pública para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente assegurados e a instauração de inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores (arts. 83, II e III, e 84, II).

Não obstante a conclusão antes apresentada, apontando para

17 O art. 178 do CPC prevê a necessária intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas hipóteses legal e constitucionalmente previstas, bem como nos processos com interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos de posse de terra rural ou urbana.

a impossibilidade de o Ministério Público do Trabalho figurar como legitimado para figurar como parte ou interessado na homologação de acordo extrajudicial trabalhista, claro é o interesse do órgão em se manifestar como *custos legis*. Em caso de dúvida razoável do magistrado quanto à viabilidade de homologar determinada transação, pode ser enriquecedora a manifestação do Órgão Ministerial, a quem cabe o papel de fiscal da lei, sobretudo por se tratar de terceiro desinteressado, cuja participação fica restrita à análise dos aspectos legais.

No entanto, a intimação do Ministério Público do Trabalho não constitui procedimento de adoção obrigatória, pois o magistrado mantém a sua livre convicção em relação ao rito e às diligências a serem adotadas e também em relação ao conteúdo da avença. Assim, pode o juiz a quem foi distribuído o processo homologar ou rejeitar a chancela de acordos sem a manifestação do *Parquet*. A provocação do Órgão Ministerial deve restringir-se, repito, aos casos de considerável dúvida sobre a possibilidade de homologar o acordo proposto.

226

Contudo, reiterando a função relevante do Ministério Público do Trabalho como fiscal da lei, é de grande importância a comunicação ao Órgão sobre as sentenças proferidas nos processos / procedimentos de jurisdição voluntária trabalhista, independentemente da conclusão adotada pelo magistrado. Isso porque as sentenças podem servir como importante fonte de dados sobre a utilização da nova ferramenta pelos empregadores. De posse de tais informações, os Procuradores do Trabalho podem verificar, por exemplo, indícios de práticas fraudulentas, como a imposição do procedimento aos empregados para a rescisão de contratos de trabalho ou a utilização com o objetivo de blindar patrimônio de empresas em estado de insolvência.

Como consequência, as medidas cabíveis poderão ser adotadas pelo Órgão de forma a coibir as práticas, o que passa pelo inquérito civil e pelo ajuizamento de ação civil pública. Porém, essa atuação preventiva e ajustadora, para ocorrer, exige procedimento simples a ser adotado pelos juízes do trabalho, consistente na simples comunicação das sentenças proferidas nesta classe processual à Procuradoria do Trabalho da jurisdição.

4.4 Demais Procedimentos

Conforme já explicitado em capítulo anterior, existe parcial compatibilidade e aplicabilidade do art. 723 do CPC à jurisdição voluntária trabalhista. Dessa forma, o prazo de 10 dias, previsto no Código de Processo Civil aplica-se nos casos de conclusão contrária à possibilidade de homologação imediata da transação pelo magistrado competente. Caso seja exigida a apresentação de documentos ou ocorrendo a necessidade de designar audiência, o prazo de 15 dias, previsto na CLT, deixaria de ser observável, passando a valer o prazo impróprio do processo civil para a prolação da sentença, de 10 dias a partir da conclusão dos autos ao magistrado.

Importante mencionar a previsão do parágrafo único do art. 723, na qual a doutrina entende que *há possibilidade de decisão fundada em equidade*, ou seja, o juiz não está obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna. Portanto, há “certa discricionariedade do juiz”, nas palavras de Neves (2016, p. 1142), ressaltando a importância de distinguir os juízos de equidade e de legalidade.

227

Nesse particular aspecto, muito embora exista divergência doutrinária entre os defensores da possibilidade de o juiz resolver contra a lei e os que entendem que a oportunidade e conveniência devem ser consideradas apenas quando a legalidade permitir mais de uma conclusão, perfeita a conclusão a seguir transcrita, ao falar sobre o juízo de equidade ora debatido:

O dispositivo legal ora analisado é suficientemente claro ao afastar o juízo de legalidade estrita, dando ao juiz discricionariedade para resolver a demanda da forma mais oportuna e conveniente, ainda que contrariamente à lei, sempre observando o que será melhor para as partes e para o bem comum. Isso, entretanto, não significa dizer que tal característica leva à conclusão da natureza administrativa da jurisdição voluntária, porque tanto o juiz de legalidade quanto o de equidade fazem parte da jurisdição, conforme expressa previsão do art. 140, parágrafo único, do Novo CPC (NEVES, 2016, p. 1142).

Ao permitir a solução que o juiz repute mais conveniente e oportuna, a previsão do processo civil aproximou-se da solução adotada pela CLT – em sua redação original –, quando fala sobre a possibilidade de

o juiz recorrer à equidade, na falta de disposições legais ou contratuais (art. 8º). Trata-se de previsão importante, pois permite que o juiz decida sobre o acordo com maior discricionariedade, sendo essencial para uma atuação mais efetiva e inquisitiva do magistrado, com o fito de obter a solução mais justa.

Proferida a sentença, esta deverá ser fundamentada, ainda que de forma concisa, diante do que preceitua o art. 93, IX, da Constituição Federal. E concluindo o juiz, motivadamente, pela homologação parcial ou pela não homologação do acordo, as partes poderão recorrer da decisão. O CPC previu cabimento de apelação e, na falta de previsão específica no processo do trabalho, cabível o recurso ordinário contra a sentença que homologue parcialmente ou que recuse a homologação de acordo em jurisdição voluntária trabalhista. Para a necessária adaptação procedimental, deverá ser apresentado recurso no prazo de oito dias, com o devido recolhimento das custas processuais, caso não tenham sido antecipadas. Desnecessária a concessão de prazo, em tais casos, para apresentação de contrarrazões.

228

Os dispositivos próprios do processo civil demonstram a incompletude das regras trazidas pela Reforma Trabalhista e confirmam ser essencial a aplicação supletiva de diversos artigos do processo comum, ainda que com adaptações para a obtenção de um sistema minimamente integrado. Consideradas apenas as previsões celetistas, inúmeras controvérsias permaneceriam sem resposta, gerando maior insegurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

O estudo mais acurado da nova figura da jurisdição voluntária no processo do trabalho permite concluir, num contexto mais amplo, que a Reforma Trabalhista tristemente desperdiçou uma grande oportunidade de efetivamente modernizar as relações de trabalho e assegurar a tão desejada segurança jurídica. E o desperdício mencionado pode ser atribuído à celeridade excessiva imposta à tramitação do projeto de lei, suprimindo discussões entre os interessados e contaminando a futura lei com erros (e inconstitucionalidades).

Inserido por uma lei tão criticada e visivelmente dirigida aos

interesses dos empregadores, o acordo extrajudicial prontamente foi alvo de olhares desconfiados dos estudiosos do Direito do Trabalho, não sem razão. Por possuir características muito semelhantes à lide simulada, com roupagem e conceito teórico um pouco mais aceitáveis, a nova “jurisdição voluntária” trabalhista ficou distante da aceitação maciça entre os juízes e procuradores do trabalho.

E o pouco aprofundamento dos dispositivos legais e a confusão feita pelo relator do projeto de lei na época da tramitação do projeto na Câmara dos Deputados ajudaram a manchar ainda mais a imagem de um instituto que poderia ser positivo. Acabou sendo transmitida a ideia de que o acordo extrajudicial seria a nova maneira de pôr fim aos contratos de trabalho, quando a sua verdadeira utilidade prática deve passar longe dessa finalidade, sob pena de relegar o Judiciário Trabalhista à função de órgão administrativo, meramente homologador de acertos rescisórios.

Por má compreensão da nova lei – até compreensível – ou má-fé, a prática vem demonstrando, em muitas situações, que os acordos extrajudiciais apresentados realmente almejam unicamente extinguir contratos de trabalho – muitas vezes já encerrados, inclusive – e pagar as verbas rescisórias devidas ao trabalhador. No entanto, sem acréscimo algum ao valor garantido ao trabalhador na via administrativa, são apresentadas avenças com quitação ampla e irrestrita quanto ao extinto contrato de trabalho, assegurando ao empregador a inexistência de risco de uma futura demanda trabalhista. Para tornar o quadro ainda mais grave, as partes indicam a natureza indenizatória da totalidade das parcelas, o que muitas vezes causa prejuízos à União, pela falta de recolhimentos previdenciários e fiscais que incidiriam sobre as verbas devidas.

Muito embora o zelo dos magistrados trabalhistas com a observância das leis e da Constituição Federal seja digno de nota, até mesmo por ser um compromisso assumido pelos juízes no momento em que assumem o cargo, um regramento mínimo sobre os procedimentos e requisitos mínimos no âmbito dos diversos Regionais é medida crucial para aparar arestas e evitar abusos já verificados no uso do novo instrumento. As diretrizes instituídas pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMEC) do TRT da 2ª Região, mencionadas ao longo do presente

artigo, apesar de não estarem imunes a críticas, no geral indicam um bom caminho a trilhar nesse aspecto.

A uniformidade de pensamento não é a pretensão, até mesmo porque a livre convicção motivada deve ser a referência a ser seguida, devendo ser observada inclusive na jurisdição voluntária trabalhista. Contudo, a responsabilidade pelo respeito à ordem jurídica divide-se entre todos os envolvidos no processo: magistrado, partes / interessados e advogados. E o uso adequado do novo instrumento deve ser um compromisso de todos, de modo que os acordos extrajudiciais não caíam em descrédito.

Para tanto, apenas revisitando algumas ideias desenvolvidas ao longo do artigo, essencial utilizar as previsões do Código de Processo Civil de forma supletiva. Determinar o recolhimento de custas é uma medida que se adéqua perfeitamente à ideia da jurisdição voluntária trabalhista, ao mesmo tempo que tem função arrecadadora e, de certo modo, filtra o uso do instituto – pois deixa de ser utilizado de forma indiscriminada. Outras sugestões feitas ao longo do artigo são as de exigir documentação mínima sobre a relação contratual objeto do acordo, obstar o uso do instrumento como mera homologação de rescisões contratuais e prestar especial atenção às quitações amplas e irrestritas, garantindo tamanha extensão liberatória apenas em casos específicos.

Apresenta-se como essencial a reflexão sobre o instituto de forma aprofundada, inclusive observando a (falta de) sistemática mínima adotada pelo legislador reformista, para questionar as possíveis limitações que devem ser impostas pelo magistrado aos acordos extrajudiciais apresentados. Não é por outro motivo que acordos verdadeiramente absurdos podem ser homologados, caso sejam observados unicamente os aspectos formais previstos pela Lei da Reforma Trabalhista.

Não se pode perder de vista que a cultura conciliatória existente na Justiça do Trabalho criou, ao longo do tempo, também uma cultura de fraude à lei, com o uso do Judiciário. Não se pode fechar os olhos à má-fé de trabalhadores e de empregadores, tanto que a própria reforma cuidou de trazer para a CLT, de forma expressa, as sanções por litigância de má-fé, agora previstas expressamente nos arts. 793-A, 793-B e 793-C. Aliás, o legislador reformista foi além e, muito preocupado que estava com

a ética processual, previu também uma multa a ser imposta à testemunha que intencionalmente altera a verdade dos fatos ou omite fatos essenciais ao julgamento da causa.

A inserção dos dispositivos antes mencionados aparenta ser bastante tardia e sem efeitos práticos, já que a maior parte dos magistrados trabalhistas adotavam as previsões contidas no CPC/1973 e, posteriormente, no CPC/2015. Assim, talvez o único intuito da legislação tenha sido exigir que os magistrados mais apegados à CLT – e refratários à utilização de previsões do processo civil – passem a adotar as sanções em casos de litigância de má-fé. Vale lembrar que essas penalidades valem tanto para os trabalhadores quanto para os empregadores, inclusive sendo aplicáveis aos intervenientes.

Portanto, deve ser aproveitada essa flagrante intenção de moralizar o processo do trabalho e estendê-la a todos os dispositivos celetistas, inclusive à nova espécie de jurisdição voluntária. Nesse compasso, havendo flagrante uso do instrumento com intuito fraudulento – pelo empregador, pelo empregado ou por ambos –, cabível a penalização da parte ou interessado que agiu de má-fé. E o novo instituto pode servir até mesmo como um novo paradigma e um motivo para reflexão, permitindo que os critérios adotados na jurisdição voluntária passem a ser exigidos também nos acordos em processos de jurisdição contenciosa.

Em resumo, talvez seja possível dizer que o objeto de estudo deste artigo seja o instrumento legal com maior capacidade de despir o trabalhador de direitos e com potencial imenso de levar o Judiciário Trabalhista a trilhar o seu caminho rumo à extinção – objetivo desejado por muitos em nosso País já há algum tempo. Cabe a todos que atuam no Judiciário Trabalhista e que se preocupam com o direito do trabalho a incumbência de direcionar o instituto, de forma que seu uso não seja mais uma forma de limitar o efetivo acesso à justiça dos trabalhadores brasileiros.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Valquíria Lazzari de Lima. Art. 855-B. In: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio (Orgs.). **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018. p. 453-463.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 2ª Região. **Diretrizes do NUPEMEC-JT2 para Pedidos de Homologação de Acordos Extrajudiciais.**

Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/institucional/conciliacao/conciliacao-2>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 12ª Região. ESCOLA JUDICIAL. **V Encontro Institucional da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina.** Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/escola/extranet/documentos/Documentofinalcomtesesaprovadas-3DebatesInstitucionais_soementas.pdf>. Acesso em: 13 maio de 2019.

_____. _____. SECOM. **Pós-reforma:** acordos extrajudiciais crescem 37 vezes na Justiça do Trabalho de SC. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2019/marco.jsp#n3>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. SECOM. **Primeiro ano da reforma trabalhista:** efeitos. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 155.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna.** São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Carlos Eduardo de Azevedo et al. **Hermenêutica infraconstitucional da Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.** Brasília: Gráfica Movimento, 2018.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Curso de direito civil, volume 1:** parte geral. São Paulo: LTr, 2008a.

_____. **Curso de direito civil, volume 2:** direito das obrigações. São Paulo: LTr, 2008b.

_____. **Curso de direito civil, volume 3:** dos contratos e dos atos unilaterais. São Paulo: LTr, 2008c.

_____. **Código civil comentado:** Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 6 ed. São Paulo: LTr, 2015.

MEIRELES, Edilton. **Temas da Reforma Trabalhista.** São Paulo: LTr, 2018.

MERÍSIO, Patrick Maia. **Do procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial.** In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio (Orgs.). Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho. Salvador: JusPodivm, cap. 32. p. 633-648, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 37.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho.** 5 ed. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A Reforma Trabalhista e o Direito Intertemporal**: Questões de Direito Processual. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira do (Org.). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018. p. 153-163.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.



O TELETRABALHO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA

*Maria Rachel da Silva de Melo¹
Rodrigo Goldschmidt²*

Resumo: Este artigo discorre sobre a regulamentação do teletrabalho no texto da reforma trabalhista e sua capacidade de gerar instrumentos jurídicos hábeis para ampliar a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Emprega-se o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com pesquisa em material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses e dissertações. Por tratar-se de legislação que recentemente entrou em vigor, contar-se-á, também, com material publicado em *sites* especializados para que se possa avaliar a expectativa dos doutrinadores a esse respeito. Introdutoriamente aborda-se a perspectiva histórica da pessoa com deficiência e a situação laboral até a atualidade. No primeiro tópico trata-se do teletrabalho e como os pensadores descrevem criticamente esta modalidade de prestação de serviço antes e depois da reforma trabalhista. Por fim cuida-se do teletrabalho como forma de ampliar os postos de trabalho para a pessoa com deficiência diminuindo-se, ao menos em tese, a desigualdade na concorrência por uma vaga no mercado formal.

235

Palavras-chave: Teletrabalho. Pessoa com deficiência. Inclusão Social. Reforma trabalhista. Direito do trabalho

1 INTRODUÇÃO

Sob os mais diversos fundamentos, desde os tempos mais remotos, a pessoa com deficiência recebe tratamento diverso das demais, tenha esse tratamento diferenciado uma justificativa aceitável aos olhos da

1 Advogada (OAB 54773). Graduada em Direito pela UNESC em 2019. rachelmelo2000@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela UFSC. Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Professor e Pesquisador do PPGD – Mestrado Acadêmico em Direito – UNESC. Juiz do Trabalho Titular de Vara do Trabalho – TRT12. rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br

modernidade, ou não. Isso porque costumes, antes considerados normais para a grande maioria, hodiernamente são frontalmente condenáveis. Desde a execução sumária, ao nascer, até ser considerado místico e detentor de poderes sobrenaturais, chegou-se ao quadro atual.

No aspecto laborativo, o tratamento evoluiu do cuidado assistencial, em especial na idade média, para aplicação da ciência com objetivo de forjar mecanismos de adaptação que possibilitassem a profissionalização, ideias advindas do Renascimento. Ampliam-se os locais que cuidavam, além de pessoas com moléstias graves, das pessoas com deficiência que não dispunham de meios de sobrevivência. O primeiro rudimento de preocupação com o trabalho aparece na história em 1723, com a alteração da inglesa Lei dos Pobres, que passou a autorizar a criação de casas de trabalho (*workhouse*), vinculadas ao clero.

No Brasil o assistencialismo surge em 1854 e, no mundo, seguem mudanças expressivas, destacando-se duas grandes guerras, em especial a segunda guerra mundial, que trouxe de volta de seus campos de batalha centenas de mutilados. Para dar uma resposta a esta situação a sociedade precisava de estratégias. Assim, em 1948, nasce a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que entre diversos direitos estabelece diretrizes no que diz respeito ao trabalho para todos os indivíduos, no Artigo XXIII.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, é influenciada pela declaração, positivando os direitos humanos. Insuficiente, entretanto, para concretização dos direitos, a sociedade civil passa a ocupar, por vezes, o papel do Estado, buscando, na prática, a inclusão.

Tendo em vista que este estudo se debruçará, entre outras, sobre obras com datas de publicação anteriores a 2006, oportuno se faz esclarecer que, eventualmente, surgirão expressões diferentes da atualmente adotada, qual seja, “a pessoa com deficiência”, oficializada na Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência, em 2006, que entrou em vigor em 2008, da qual o Brasil é signatário.

Atualmente a pessoa com deficiência ainda sofre com a ausência de oportunidades, discriminação e a falta de acessibilidade. Este artigo trata da questão laborativa das pessoas com deficiência no Brasil, com foco no

teletrabalho como ferramenta capaz de ampliar as vagas formais desses indivíduos. Concretizando o princípio constitucional do pleno emprego, dando completude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O item 2, deste trabalho, versa sobre o mercado de trabalho inclusivo e a forma como a sociedade brasileira procura atender requisitos internacionais adotados em nosso ordenamento jurídico, na busca da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. No terceiro item, aborda-se o teletrabalho e, depois de um breve histórico, trata-se da reforma da legislação trabalhista no Brasil e como a modalidade passou a figurar depois de sua entrada em vigor. Por fim, enfrenta-se a questão de como o teletrabalho pode refletir positivamente para a maior inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho formal.

Na busca de alcançar o objetivo proposto, empregou-se o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com pesquisa em material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses e dissertações. Por tratar-se de legislação que recentemente entrou em vigor, contar-se-á, também, com material publicado em *sites* especializados, para que se possa avaliar a expectativa dos doutrinadores a esse respeito.

2 MERCADO DE TRABALHO INCLUSIVO

Dentre os princípios constitucionais, destacam-se, no espectro da inclusão, de forma geral, a dignidade da pessoa humana e, no âmbito laboral, a busca do pleno emprego.

A dignidade da pessoa humana, em especial, é um princípio que quando não observado tende a fragilizar todas as ações do Estado perante o povo, bem como é essencial para balizar as relações de pessoa para pessoa.

Para Barroso (2015, p. 284-288), o princípio da dignidade da pessoa humana é valor fundante e valores, não importando se políticos ou morais, se manifestam, no mais das vezes, como princípios. Entrelaça-se com os demais princípios e é a base dos direitos fundamentais. A exemplo do direito à vida que, implicitamente, traz consigo a dignidade humana, uma vez que viver sem o mínimo de dignidade é inaceitável.

A dignidade passa a ter outros contornos bem diferentes dos

anteriormente conhecidos, em que o digno se relacionava com posição social. Começam a ser reconhecidos como inerentes a dignidade da pessoa humana, preceitos relativos ao trabalho e suas condições. Estabelecendo diretrizes mínimas de proteção e isonomia, elevando o trabalho a um pressuposto de necessidade para se alcançar a dignidade, tal como a busca do pleno emprego, descrito no art. 170, inciso VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Em uma sociedade capitalista um emprego digno gera renda digna que, por sua vez, pode gerar moradia, alimentação, entre outros também dignos (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 62-70).

Quando se fala em dignidade da pessoa humana e os mecanismos positivos e negativos para garanti-la, não se pode deixar de lembrar que o deficiente é também ser humano, ainda que a história mundial tenha capítulos que não se coadunem com essa premissa.

Portanto, faz-se necessário buscar constantemente que todos possam usufruir desse bem jurídico. Sob o tremular da bandeira da fraternidade, como um estandarte da sociedade moderna, envolver todos os setores, todas as ciências, todos os indivíduos, todos os esforços para que também a pessoa com deficiência possa ter o direito de gozar das utilidades e facilidades que a sociedade moderna construiu. Em especial o trabalho digno e capaz de suprir suas necessidades básicas (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 62-70).

Nas palavras de Camino (2013, p. 19), a superação das desigualdades é ainda o grande obstáculo a ser transposto na busca da harmonia social. Alcançar a isonomia, muito mais complexa que a igualdade, perpassa por uma transformação no âmago da sociedade, em que comportamentos egoístas e hipócritas estão enraizados historicamente.

Abrir mão de direitos em prol da coletividade também atualmente gera conflitos, muito mais ainda quando é necessário acabar com privilégios no caminho do bem-estar social. Tal seara atesta a realidade dos posicionamentos contrários a leis como a de cotas, uma grande “queda de braço” entre o “ser” e o “dever ser”, imenso abismo existente entre as classes sociais, não apenas entre ricos e pobres, mas entre empregados e empregadores, pessoas com deficiência e as que não as possuem.

Na busca de tornar a dignidade da pessoa humana mais que um discurso na vida das pessoas com deficiência, também por meio do pleno

emprego, a acessibilidade assume extrema relevância. Conforme Bublitz (2015, p.1), é necessário proporcionar que a pessoa com deficiência possa usufruir das benesses do estado. Todavia a plenitude da dignidade inclui o direito de ir e vir e a liberdade de tomar suas próprias decisões baseadas em vontades e talentos, e não em condições ambientais. Sendo esse indivíduo por vezes condicionado ou impedido pela falta de locais adequados a todos indistintamente. Por vezes ficam dependentes de outros, cerceando assim a plena autonomia.

Trazer para o mundo da produtividade pessoas relegadas, muitas vezes, por força, ao assistencialismo. Mão de obra capaz de gerar riquezas para o país, aumentar os índices de desenvolvimento humano, a qualidade de vida com o aumento da renda própria e, conseqüentemente, desonerar a previdência social. Também evitar que esses indivíduos sejam acometidos por doenças psicológicas e psiquiátricas, dada a sua condição de segregação por falta de acessibilidade.

O teletrabalho destaca-se como opção também para as pessoas com deficiência, impedidas pela falta de acessibilidade de ocupar ou mesmo concorrer a uma vaga de emprego formal.

3 TELETRABALHO

Essa modalidade de trabalho, caracterizada no mais das vezes pelo uso da tecnologia que possibilita a prestação de determinado serviço longe das dependências do empregador, não se trata de algo assim tão novo. Por força dos avanços tecnológicos e a popularização dos meios de comunicação foi-se modificando e recebendo novos contornos. Pontua Mello (1999, p. 16), “Assim, trabalhar também em casa como funcionário, na realidade não significa uma atividade caseira amadora, pois é necessário disciplina, metas claras e realizáveis e um bom planejamento de ações, e principalmente de vida”.

As Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) têm revolucionado, acelerado processos e “aposentado” definitivamente certas práticas e equipamentos antes considerados indispensáveis. Em outro aspecto as TICs ampliaram as formas de controle, tanto de jornada como de

produtividade, com isso cada vez mais o teletrabalho tem ganhado espaço e se popularizado em todo o mundo (SILVA 2014, p. 36).

No Brasil é uma realidade no serviço público desde 2006, muito embora tenha, por óbvio, enfrentado resistências. Contando com uma série de pontos positivos, tais como a flexibilidade de determinar seus próprios horários e distribuir suas tarefas no decorrer do dia, há ganho real de produtividade. Além do fato de o servidor público, ou trabalhador da iniciativa privada, não ser exposto todos os dias ao transporte coletivo e ao trânsito caótico das grandes metrópoles, bem como poder conviver com a família. O controle da jornada de trabalho nesta espécie ocorre, por vezes, por produtividade e, por ser considerado um benefício, não raro, estabelece-se como contrapartida um determinado aumento de produção para aqueles inseridos na modalidade, (FELÍCIO; SANTOS, 2017, p. 131-144).

Cumprido destacar dos estudos de Rosenfield e Alves (2011, p. 218), no qual, por meio de entrevistas, constataram que os teletrabalhadores apontam como negativo desta modalidade o fato de diminuir significativamente as relações pessoais diretas. Alegam também que estar distante da empresa e do empregador dificulta a avaliação do seu desempenho, coibindo possíveis promoções. Outros fatores elencados pelos autores são a autogestão do tempo que tende a gerar confusão e, não raro, o excesso de jornada. O teletrabalhador, por não ver mais diferença entre descanso e trabalho, visto que ambos são efetuados no mesmo ambiente, tem a sensação que não descansa nunca, sem intervalos nem férias.

No rol dos benefícios para o trabalhador, enfatiza-se a flexibilidade de horários, maior contato com a família, a possibilidade de conjugar os trabalhos domésticos com as tarefas do emprego, além do fato de não precisar enfrentar o trânsito diariamente, sendo que em muitas cidades isso consome uma parte significativa do dia, sem falar do estresse causado pelos engarrafamentos. Alia-se a essas questões, os custos com o próprio deslocamento, com alimentação e com vestuário. A violência urbana também é apontada como um ponto positivo nesta modalidade de trabalho.

O teletrabalhador que deixa de sair todos os dias de sua cidade para um grande centro, com o objetivo de cumprir sua jornada de trabalho, irá contribuir para o fomento do comércio local, com a diminuição dos

índices de poluição pela queima de combustíveis fósseis e também com a redução do número de veículos trafegando. Todos esses benefícios tornam o teletrabalho atrativo para a pessoa com deficiência, impedida de trabalhar por barreiras estruturais de acessibilidade (SILVA, 2014, p. 39).

Estrada (2011, p. 5) ensina que o teletrabalhador pode produzir até 30% a mais, o que é um grande atrativo para as empresas adotarem essa formatação. Ainda, somam-se as vantagens do empregador, como já referido, os custos que serão reduzidos em relação a aluguel de espaços maiores e a possibilidade de utilizar mão de obra qualificada a sua escolha, residentes em um perímetro muito maior, podendo até mesmo ser de outros estados ou países. Destaca-se, ainda, a oportunidade de cumprirem suas cotas de contratações de pessoas com deficiência com maior tranquilidade sem a necessidade de grandes investimentos no que diz respeito à acessibilidade.

Muitas são as nuances do que até aqui foi tratado, pois transformação verdadeira se dá quando a sociedade passa a agir em conformidade com as normas, de tal modo que a sua coercibilidade torna-se desnecessária. Por mais utópico que pareça, espera-se que um dia pesquisas como esta tornem-se desnecessárias e não existam mais questões a tratar, em razão de se ter alcançado um nível de inclusão em que cada indivíduo tenha oportunidade de desenvolver todo o seu potencial.

3. 1 A Reforma Trabalhista

Houve grande expectativa, no mundo laboral, diante da proposta de reforma das leis trabalhistas. Muitos discursos, poucas certezas.

As propostas se mostraram pró-empregador e uma enxurrada de discursos contrários foram alçados. As críticas e os debates, no entanto, não barraram sua aprovação em 13 de julho de 2017, com período de *vacatio legis* de 120 dias, por um legislativo prioritariamente formado por empresários (CASSAR, BORGES, 2017, p. 6).

A Lei 13.467/17 tem causado polêmica entre os pensadores da ciência jurídica e sociedade em geral. Suscita-se precarização e perda de direito. Preleciona Cassar e Borges (2017, p. 7) que o direito trabalhista se alicerça no princípio da proteção, justificado pelo claro desequilíbrio da relação entre empregados e empregadores, com regras mínimas para

nortear a relação dos polos desiguais, visando gerar um equilíbrio artificial. Enfatizam, os autores, que a Lei 13.467/17 tinha como objetivo sanar a crise pela qual o País vinha atravessando, crise essa revelada em diversos setores da sociedade, tendo como um dos reflexos mais cruéis o desemprego que gera miséria e estagna a economia.

Delgado e Delgado (2017, p. 26) aduzem que a Constituição da República Federativa do Brasil, norteadora das normas infraconstitucionais, está posta sobre três pilares, quais sejam, o estado democrático de direito, os princípios humanísticos e sociais e os direitos fundamentais da pessoa humana. São esses os mesmos pilares que necessitam ser mantidos quando da modificação de normas, para que o resultado seja a modernização e não à precarização. Extrai-se do texto da exposição de motivos justificativas do legislador para tais mudanças:

[...] aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário. (BRASIL, 2016).

O que se depreende, no entanto, da opinião dos nomes mais renomados do direito trabalhista, não reflete essas boas intenções destacadas pelos idealizadores da reforma e proferida pela mídia em geral. As falas são de precarização e perda de direitos importantes conquistados ao longo de décadas de lutas por todo o mundo.

Moraes (2018, p. 1) conclui que as mudanças nas normas são necessárias e saudáveis para que a sociedade evolua e possa resolver seus conflitos de forma adequada. A modernização ainda é fundamental para acompanhar a evolução tecnológica e as novas formas de prestação de serviço. Todavia é preciso precaução no que tange, por exemplo, a livre negociação do contrato de trabalho. O autor considera que a sociedade brasileira não está preparada para tal, havendo risco de retrocesso e de lesão à dignidade da pessoa humana.

Segundo Plá Rodriguez (2000, p. 32-33), o princípio da proteção encontra sua base na própria justificação da existência do direito do trabalho.

Normas que regulamentam relações desiguais, tendo como desequilíbrio principal o poder econômico, necessitam de um “fiel de balança”, qual seja, o princípio da proteção. Flexibilização dessas regras em favor de um suposto incremento nas oportunidades de emprego é medida temerária.

Camino (2013, p. 44) pondera a questão dos riscos por trás, muitas vezes, dos reais motivos de se limitar a eficácia de um dos princípios basilares juslaborativos, o princípio da proteção. Para que a livre negociação seja justa é necessária igualdade de armas, o que ainda não é realidade no cenário nacional, caso contrário a proteção conferida aos trabalhadores, de modo geral, é ainda fundamental.

A flexibilização do direito do trabalho perpassa por dois discursos: o falso, que apregoa a necessidade de dirimir o desemprego, e o real, que reclama adaptação às novas tecnologias e às novas concepções de organização da empresa. Não podemos nos furtar de buscar soluções que possibilitem compatibilizar essas novas exigências de mercado e da tecnologia com um sistema eficaz de proteção dos trabalhadores sujeitos às enfermidades e à precariedade do emprego. (CAMINO, 2013, p. 19).

É fato que ainda muito se vai discutir sobre este assunto. Já aguardam a apreciação dos tribunais superiores uma série de ações contestando a constitucionalidade de diversos pontos da reforma (HRUSCHKA, 2018, p. 1). Na pesquisa de Barros e Silva (2010, p. 73-77), essa oposição fica bem explicitada, apontando alguns pensadores e suas conclusões sobre a temática. Neste sentido, faz-se necessário o debate amplo e sincero, para que, o que parece uma solução, não se torne uma armadilha de difícil escape posteriormente, levando em conta, também, a necessidade de ampliar a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho formal.

3.2 O Teletrabalho na Reforma

A reforma da legislação trabalhista trouxe expressamente o teletrabalho para o texto normativo, em relação aos celetistas, gerando aplausos e críticas. Contudo, oportuno salientar que da forma como figura, claramente o trabalhador, na modalidade, perde proteção importante, dentre outras, o controle de jornada que protege a saúde física e mental.

A Lei 12.551 de 2011 incluiu a possibilidade do controle de

jornada por meios telemáticos. Contrassenso, na opinião dos especialistas aqui citados, é o disposto no art. 62, inciso III, da Lei 13.467/17, o qual expressamente exclui o teletrabalhador de qualquer tipo de controle de jornada, bem como, por conseguinte, retira-lhe o direito às horas extraordinárias. Por outro lado, favorece o empregador interessado na modalidade, sendo que suas preocupações com possíveis ações trabalhistas diminuem significativamente dado ao fato de estar ele desobrigado de demonstrar o controle de jornada ainda que seja perfeitamente possível de ser auferido. Neste sentido se considera inconstitucional este artigo.

De outra parte, Souto Maior (2003, p. 3) destaca que o limite de jornada é uma questão de saúde do trabalhador e que por isso não poderia se quedar desprotegida. Críticas neste mesmo sentido são feitas também por Delgado e Delgado (2017, p. 39) considerando uma afronta aos comandos constitucionais. Cassar e Borges (2017, p. 33-39) salientam que a justificativa da falta de possibilidade de controle de jornada não encontra mais guarida na atualidade, dado o desenvolvimento tecnológico e as muitas formas de aferir o tempo que o empregado disponibilizou à empresa.

244

Segundo os autores citados, esse inciso não trouxe benefícios ao trabalhador se não ao empregador, que fica desonerado de fazer prova da jornada de trabalho do teletrabalhador. Eventuais abusos, por certo, cairão nas mãos do judiciário, a quem competirá analisar eventuais provas produzidas pelo empregado configurando jornadas extras e desrespeito a intervalos inter e intrajornadas.

O legislador seguiu com o tema teletrabalho descrevendo diretrizes do artigo 75A ao 75E da Lei 13.467/17. Delgado e Delgado (2017, p. 53) são firmes na conclusão de que os dispositivos em tela favorecem o empregador. Eles deixam claro que a questão de inclusão de direitos trabalhistas se deram apenas em 2011, conforme já citado, pela Lei 12.551/11, quando do reconhecimento deste tipo de prestação de serviço como trabalho subordinado e que, por hora, nenhuma proteção foi inserida, dada a presunção relativa de impossibilidade de controle de jornada, horas extras, noturna e descumprimentos de outros direitos devem ser provados pelo autor da ação (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 138).

4 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O TELETRABALHO

Ao lado dos mais otimistas, que supõe valer o risco de perder garantias para alcançar uma evolução das relações, procurou-se encontrar algo de positivo nos artigos reformados e novos. O teletrabalho possui um grande número de críticos, todavia a situação da pessoa com deficiência é tão desvantajosa e desproporcional no que tange à concorrência por uma vaga de trabalho formal, que se decidiu, neste estudo, correr o risco de despertar ferrenhas críticas, para talvez introduzir uma pequena centelha capaz de gerar uma mudança.

A evolução ocorre, ainda que se tente barrá-la. Não fosse assim, por medo, muitas novidades que aí estão teriam acabado escondidas em um fundo de gaveta. Basta um breve pestanejar e outro País lança certa novidade, que um outro reticente pensou não ser a hora: lucros são perdidos ou deixam de ser auferidos. A tecnologia, em especial as telecomunicações, encurtaram distâncias, aproximaram pessoas e nações e o teletrabalho segue esse rumo impulsionado por ela.

245

Neste íterim, nada que tenha a mínima possibilidade de trazer mais inclusão social, ainda que de pequena parcela de indivíduos, pode ser desprezada. Uma poderosa ferramenta de transformação social é por certo a lei, que na maioria das vezes impõe comportamentos à sociedade sob pena de sanção determinada. Oliveira (1997, p. 378-380) corrobora essa premissa tratando-a como um objetivo a ser buscado, o direito aprimorando as relações.

Justifica-se a preocupação de cada autor que tomou a iniciativa de enfrentar o polêmico tema, pois mais que números, vidas humanas estão em jogo. Logo, todo o cuidado faz sentido. Por outro lado, é certo que as boas intenções dos otimistas que acreditam em conquistas daqui para adiante, também fazem sentido, levando em conta a necessidade de adequação às mudanças sociais e ambientais que ocorreram no mundo nos últimos tempos.

Pensar o teletrabalho como ferramenta de inclusão da pessoa com deficiência, com a possibilidade de ampliar, com segurança, as oportunidades de inserção no mercado de trabalho desse grupo de indivíduos trazendo

maior qualidade de vida, é uma ideia que não pode ser desconsiderada.

É sabido que empregos formais trazem consigo garantias como as da previdência social e outras, que porventura as empresas privadas venham a disponibilizar para seus colaboradores, tais como plano de saúde, odontológico, vale-alimentação, participação nos lucros, premiações, entre outras que certamente são relevantes para as pessoas com deficiência.

O trabalho tem extrema importância para o ser humano, a educação tende a preparar as pessoas, no mais das vezes, para desenvolverem uma atividade remunerada, gerando com isso uma expectativa de que, concluído os estudos, ingressará no mercado de trabalho. Não vislumbrando essa possibilidade como factível, a pessoa com deficiência estará desmotivada a continuar o caminho da educação, sendo que a falta de acessibilidade contribui com esse quadro. Este é o quadro que se tem hoje: baixa escolaridade e oportunidades de colocação no mercado de trabalho com renda, na maioria dos casos, apenas o salário mínimo.

246

Pode-se presumir que, para as pessoas com deficiência que já convivem com discriminação, com o paternalismo por vezes exagerado, com a falta de acessibilidade, fazer parte do mundo laboral é fundamental para o sentimento de pertencimento a uma sociedade, bem como achar-se útil para ela. As medidas já tomadas por meio da legislação de inclusão esbarram em entraves como a acessibilidade, falta de planejamento urbano e construções desprovidas de um olhar para as diferenças (FERREIRA, 2014, p. 16).

Deixar de aproveitar a força de trabalho das pessoas com deficiência relegando-as, muitas vezes, ao assistencialismo, que onera toda a sociedade produtiva, é certamente um desperdício. Sem a atenção adequada, em especial no campo educacional e laboral, essas pessoas deixam de desenvolver todo o seu potencial produtivo, sendo bem possível que muitos gênios tenham passado a vida inteira reclusos, sem maior interação social, impedidos de contribuir para o crescimento e desenvolvimento da humanidade.

Uma das grandes barreiras para a educação e o trabalho é, como visto, a falta de mobilidade urbana que atinge principalmente as grandes cidades, apesar de que no interior há resultados assemelhados por outros fatores, como estradas precárias, enormes distâncias e transporte em péssimo estado.

O teletrabalho abre oportunidades para que as barreiras dos deslocamentos e falta de acessibilidade, em prédios públicos e privados, sejam transpostas sem maiores custos para os empregadores. Certamente um grande atrativo para empresas que deixavam de lado profissionais com currículos invejáveis, por conta de sua deficiência (GOMES, 2017, p. 58).

Rosenfield e Alves (2011, p. 218) ressaltam que o teletrabalho teria o condão de beneficiar pessoas com mobilidade reduzida, além de contribuir com o meio ambiente na questão da poluição e também reduzir o número de veículos trafegando, duas grandes celeumas mundiais da modernidade.

Aliando essa reflexão com as de Bublitz (2015, p. 1), a situação da pessoa com deficiência que possui qualificações para determinada vaga, mas se vê impedida pelas condições de acessibilidade da empresa, ou mesmo por conta da falta de mobilidade urbana, resulta que tal opção poderia favorecer. Ainda que se levante a questão da falta de sociabilidade do teletrabalhador, por estar afastado dos colegas de trabalho, em tal circunstância como a desenhada realidade, é que este indivíduo já está excluído de outros contatos sociais, dado o ambiente que o cerca. Uma vez que possa auferir renda própria e custear seu sustento, de algum modo foi inserido, incluído em parte, ao menos no meio social, podendo criar rede virtual de contatos que possam ir, sim, além do profissional.

Ocupando uma vaga de teletrabalhador, a pessoa com deficiência tem a oportunidade de desenvolver uma atividade tão qualificada quanto qualquer outro trabalhador, apurando experiência, aumentando as chances de que no futuro, como já supradito, possa-se gerar uma igualdade material verdadeira. Incluída no mundo laboral, a pessoa com deficiência poderá aumentar sua capacitação por meio de cursos *on line*, largamente oferecidos atualmente nas modalidades de ensino a distância, ou simplesmente, “EaD”, ficando assim cada vez mais autônoma, determinada e confiante (GOMES, 2017, p. 14).

Conforme Gomes (2017, p. 21), os empregadores que necessitam cumprir a lei de cotas para pessoas com deficiência, por vezes, encontram dificuldades de preencher as vagas disponibilizadas para este público e, quando preenchem, percebem que terão que fazer adaptações estruturais e de mobiliário, conforme cada indivíduo e sua particularidade.

Uma vez superadas todas essas barreiras e feitas as modificações necessárias, deparam-se com algo que os empregadores não conseguem resolver, a questão de mobilidade e acessibilidade urbana, quando seu colaborador, totalmente capacitado para a vaga, não chega ao seu posto de trabalho porque o transporte coletivo inadequado, o deixou para trás em um ponto de parada. A frustração desta realidade que acomete tanto o empregador como o trabalhador, pode ser superada com o teletrabalho, que conforme Hruschka (2017, p. 1), a Lei 13.467/2017 tornou mais atrativo aos empregadores, visto que em primeiro diagnóstico não conferiu novas garantias aos empregados e sim maior segurança jurídica ao empregador (KATIUSCA, 2018, p. 1).

Com base nos estudos de Teixeira (2005, p. 1-17), identifica-se que dentro do conceito de inclusão existem outras nuances que, se não atendidas, tendem a impedir a sua completude. Um indivíduo incluído no mercado de trabalho pode ainda estar excluído do meio social por questões de gênero, cultura ou política. Tem-se que esses aspectos se inter-relacionam e o objetivo é que houvesse a plenitude em cada um deles, para todas as pessoas.

Todavia, a realidade ainda está longe do ideal, a exclusão tecnológica pode ser destacada como um abismo entre candidatos à vaga de emprego ou concorrendo a uma bolsa de estudos. Aquele que está fora do mundo da tecnologia, terá desvantagens incontestes. A inclusão social da pessoa com deficiência é de fundamental importância para a sociedade atual, necessário, porém, que exista um ponto de partida. Ser inserido no mercado de trabalho formal e poder sustentar-se por conta própria pode ser o começo da caminhada para a inclusão social.

Por fim, ainda, que com respeito aos que temem que o teletrabalho possa trazer prejuízos para o trabalhador dentro da relação de emprego, o teletrabalho mostra-se como opção para oportunizar as empresas que cumpram a Lei de cotas e desempenhem a contento sua função social e que as pessoas com deficiência alcancem a cidadania plena.

5 CONCLUSÃO

Foi possível concluir que, embora o teletrabalho possa trazer prejuízos ao trabalhador, em especial a sua saúde, se as devidas precauções não forem tomadas, trata-se de uma modalidade capaz de abarcar indivíduos que desejam uma forma mais flexível de prestação de serviço e também que enfrentam obstáculos arquitetônicos e de mobilidade, como as pessoas com deficiência. A reforma trabalhista, por sua vez, não avançou em trazer maior proteção para os indivíduos nesta modalidade, apenas o empregador se viu contemplado.

São muitas as barreiras a serem transpostas no caminho da inclusão social e, em especial, no mundo do trabalho formal. O teletrabalho é sim uma ferramenta capaz de contribuir. Tendo em vista que as leis que dizem respeito à acessibilidade, à adequação de prédios públicos e privados e também das vias públicas estão longe de garantir o direito de ir e vir da pessoa com deficiência. Outros meios precisam ser admitidos, com os devidos cuidados, sem dúvida.

Vale salientar, porém, que esta pesquisa se voltou para inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho formal, não se tinha o foco na inclusão social de forma integral. Sabe-se que são muitas as áreas nas quais a pessoa com deficiência ainda é excluída, e, é claro, que, trabalhando a partir de sua residência, esse indivíduo deixará de manter o contato social presencial com seus colegas de trabalho. Porém, se for levado em conta que essa pessoa já estava excluída desse mercado de trabalho por conta dos fatores já elencados, é possível que, por meios telemáticos, se desenvolva, além de relações profissionais, também as de amizade.

Nesses termos, vislumbra-se um caminho na busca do pleno emprego e, levando-se em conta que o trabalho possui relevância significativa na vida das pessoas, a possibilidade de exercer uma atividade profissional, de auferir renda própria e por suas próprias forças aproxima a pessoa com deficiência ao efetivo significado do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROS, Alexandre Moço; SILVA, José Roberto Gomes da. **Percepções dos indivíduos sobre as consequências do teletrabalho na configuração home-office: estudo de caso na Shell Brasil**. Cadernos Ebape.br, [s.l.], v. 8, n. 1, p.71-91, mar., 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-39512010000100006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- BUBLITZ, Michelle Dias. **A pessoa com deficiência e teletrabalho um olhar sob o viés da inclusão social: Reflexões à luz do valor social do trabalho e da fraternidade** [e-book]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- CAMINO, Carmen. Direito do trabalho e direitos humanos: exercício da resistência na trincheira da constituição. In: OLIVEIRA, Cintia Machado de; DOMELES, Leandro do Amaral Domeles (Orgs.). **Temas de direito e processo do trabalho**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2013. p. 19-45.
- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.
- 250 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.
- ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Panorama juslaboral e comparativista do teletrabalho**. 2011. Disponível em: <http://www.monodireitounime.xpg.com.br/arquivos/Revista/Dez%202010/Manuel%20Martin%20Pino%20Estrada_O%20teletrabalho.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2018.
- FELÍCIO, Raquel de Souza; SANTOS, Patrícia Farias dos. O exercício da advocacia pública por meio do teletrabalho. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leilane Piovesani (Orgs.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho II**. Curitiba: CRV, 2017. p. 131-146
- FERREIRA, Roberta Roedel. **Empregabilidade segundo a Lei de cotas 8.213: deficientes no mercado de trabalho. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) -Curso de Pós-Graduação em Educação Especial e Inclusiva, Faculdade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2014.**
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência**. 2008. 253 f. Tese (Doutorado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 2008. Disponível em: <<https://doaj.org/article/e93166686a464788ad10dab223afa573>>. Acesso em: 3 maio 2018.
- GOMES, Ariane da Silva. **O teletrabalho e a inclusão social para portadores de deficiência**. (Trabalho de Conclusão de Curso) - Faculdade de Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul/RS, 2017. Disponível em: <<http://hdl.handle>>.

net/11624/2091>. Acesso em: 3 out. 2018.

HRUSCHKA, Cristian Luis. Home office e a reforma trabalhista. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, T, n. 5224, 20 out. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61197>>. Acesso em: 26 maio 2018.

KATIUSCA, Lilian. **Considerações sobre o teletrabalho**. JOTA Info, 5 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/consideracoes-essenciais-acerca-do-teletrabalho-05042018>>. Acesso em: 26 set. 2018

MELLO, Alvaro. **Teletrabalho (telework): o trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999. Disponível em: <<http://www.sobratt.org.br/index.php/o-trabalho-em-qualquer-lugar-e-a-qualquer-hora/>>. Acesso em: 17 out. 2018.

MORAES, Renato Teles. **Análise crítica da reforma trabalhista - Artigos - Conteúdo Jurídico**. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-critica-da-reforma-trabalhista,590733.html>>. Acesso em: 28 set. 2018.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social? **Revista Informação Legislativa**, v. 34, n. 136, p. 377-381, out./dez., 1997.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROSENFELD, Cinara Lerrer.; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. **Dados**, v. 54, n. 1, p. 207-233, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582011000100006>. Acesso em: 26 mar. 2018.

SILVA, Vitor Gustavo da. **A gestão do teletrabalho**. 2014. 112 f. Dissertação (Mestrado em Gestão de Organizações) - Faculdade de Administração e Economia, Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo/SP, 2014. Disponível em: <<http://tede.metodista.br/jspui/bitstream/tede/59/1/VGSilva.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108056>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

TEIXEIRA, Cristina. Educação e inclusão social? Os limites do debate sobre o papel da escola na sociedade contemporânea. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Sociologia**. 2005. <Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=54&Itemid=171>. Acesso em: 26 mar. 2018.



TRABALHO INTERMITENTE: A RUPTURA DE PARADIGMAS DO DIREITO DO TRABALHO

Pedro Guimarães Vieira¹

E, sob seus pés, continuavam as batidas cavas, obstinadas, das picaretas. Todos os companheiros estavam lá no fundo; ouvia-os seguindo-o a cada passo. [...] Agora, em pleno céu, o sol de abril brilhava em toda a sua glória, aquecendo a terra que germinava. Do flanco nutriz brotava a vida, os rebentos desabrochavam em folhas verdes, os campos estremeciam com o brotar da relva. Por todos os lados as sementes cresciam, alongavam-se furavam a planície, em seu caminho para o calor e a luz. [...] E ainda, cada vez mais distintamente como se estivessem mais próximos da superfície, os companheiros cavavam. Sob os raios chamejantes do astro rei, naquela manhã de juventude, era daquele rumor que o campo estava cheio. Homens brotavam, um exército negro, vingador, que germinava lentamente nos sulcos da terra, crescendo para as colheitas do século futuro, cuja germinação não tardaria em fazer rebentar a terra. (ZOLA, Émile. *Germinal*. Rio de Janeiro: Editora Abril, 1972, p. 537)

253

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o instituto do trabalho intermitente, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.467/2017. Inicialmente, examina-se o contexto político-econômico e social que orientou a produção legislativa conhecida como Reforma Trabalhista. Posteriormente, realiza-se um estudo comparativo de institutos análogos existentes no Direito europeu, em especial em Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Reino Unido, destacando as semelhanças e diferenças com o trabalho intermitente regulamentado no Brasil. Após, são traçadas as principais características do trabalho intermitente e apontados as rupturas com os princípios e normais previamente existentes no Direito do Trabalho brasileiro.

Palavras-chave: Trabalho Intermitente. Lei n. 13.467/2017. Direito do Trabalho. Direito Europeu.

1 Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (2016-2018). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (2014-2016). Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o trabalho intermitente, inovação trazida pela Lei nº 13.467/2017 para o Direito do Trabalho brasileiro. Trata-se de instituto jurídico que tem por escopo promover a modernização das relações de trabalho e dinamizar a economia, conforme consta da própria exposição de motivos do projeto de lei que originou a Reforma Trabalhista (VEYGA, 2018, p. 35).

O instituto jurídico analisado encontra elementos de semelhança com formas de contrato de trabalho existentes em outros ordenamentos jurídicos. Sua inserção no Brasil, contudo, traz mudanças e diversos questionamentos, modificando elementos inerentes à relação de emprego.

De modo a cumprir seu objetivo analítico, este trabalho está dividido em seis partes, incluindo-se esta introdução. O segundo tópico expõe o contexto político-econômico e social brasileiro, fonte material que levou à positivação do trabalho intermitente no Brasil. Investigam-se, para tanto, os Relatórios produzidos pelo Poder Legislativo acerca do tema.

A terceira parte analisa a experiência de outros países com institutos jurídicos que guardam alguma proximidade com o trabalho intermitente brasileiro. São examinadas, em especial, as previsões legislativas de Portugal, da Espanha, da Itália, da França, da Alemanha e do Reino Unido.

O quarto tópico procura conceituar o trabalho intermitente, apresentando os requisitos trazidos pela Lei nº 13.467/2018 e buscando diferenciá-lo de outros institutos existentes na ordem jurídica interna, a saber, o contrato por prazo determinado, o contrato temporário e o contrato por jornada de tempo parcial.

O quinto item apresenta as incompatibilidades entre as normas e princípios clássicos de Direito do Trabalho e o instituto do trabalho intermitente. Enfoca-se, outrossim, interpretações para evitar essa quebra de paradigma ou mesmo para compatibilizar o instituto sob análise com as premissas básicas do Direito do Trabalho.

Por fim, a sexta parte apresenta as conclusões do presente trabalho.

2 REFORMA TRABALHISTA: CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO E ECONÔMICO

O contexto de estagnação econômica² e a instabilidade política³ vivida pelo Brasil desde 2014 exigiam do governo atuação concreta para atender aos anseios pela retomada do crescimento do país. As taxas de inflação acima das metas macroeconômicas⁴, a elevação do percentual de desempregados⁵ e a retração nos investimentos agravaram-se ao longo de 2015 e 2016.

A partir de então, devido a mudanças ocorridas na chefia do Poder Executivo, houve um avanço de ideias liberais na condução da agenda econômica do governo e em diversos segmentos do Congresso Nacional. Os governantes vislumbraram a necessidade de modernização das relações de trabalho e da legislação vigente no País, de modo a diminuir os custos da produção, alavancar investimentos e promover o desenvolvimento nacional.⁶

Esse contexto político-econômico serviu de fonte material para o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que posteriormente resultaria na Lei nº 13.467/2017. As motivações de ordem econômica e social da referida atuação

255

2 <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-do-brasil-cresce-10-no-1-trimestre-de-2017.ghhtml>; <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-sobe-1-0-no-1-trimestre-apos-oito-quebras-consecutivas,70001821658>. Acessado em 22/05/2019.

3 Em 2015, o Brasil enfrentava o processo de impeachment da Presidente Dilma Roussef. Em 02/12/2015, a Presidência da Câmara dos Deputados autorizou o processamento da denúncia oferecida, o que levou ao exame da autorização à instauração do processo de impeachment (art. 86 CF). Posteriormente, ao longo de 2016, o processo de impeachment instaurado foi examinado pelo Senado Federal, culminado no reconhecimento da perda do cargo pela Presidente Dilma Roussef (art. 52, Parágrafo Único, CF) em 31/08/2016.

4 <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/01/1727284-inflacao-sobe-1067-em-2015-e-estoura-teto-da-meta-do-governo.shtml>. Acessado em 22/05/2019.

5 http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&view=alphacontent&Itemid=362;

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/subutilizacao-da-forca-de-trabalho-bate-recorde-no-primeiro-trimestre-diz-ibge.shtml>. Acessado em 22/05/2019.

6 Para maiores informações sobre o contexto que motivou a edição da Reforma Trabalhista, além do exame dos efeitos produzidos pelas novas normas após 1 ano e meio de sua entrada em vigor, Cf. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/reforma-trabalhista-nao-cria-novas-vagas-e-defensores-culpam-crise.shtml>. Acessado em 12/05/2019.

legislativa – retomada dos investimentos e do desenvolvimento nacional, grau de informalidade no mercado de trabalho e taxas de desemprego – constaram do Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016:

O compromisso que firmamos, ao aceitar esta tarefa, não foi com empresas, com grupos econômicos, com entidades laborais, sindicatos ou com qualquer outro setor. O nosso compromisso é com o Brasil. É com os mais de 13 milhões de desempregados, 10 milhões de desalentados e subempregados totalizando 23 milhões de brasileiros e brasileiras que foram jogados nessa situação por culpa de equívocos cometidos em governos anteriores. O momento pelo qual passamos é simbólico. Desde 1901, ano em que primeiro se aferiu o Produto Interno Bruto do país, não passamos por uma situação tão difícil. Já são três anos consecutivos de crescimento negativo, de perdas econômicas, de perda de conquistas. São pessoas que, de uma hora para outra, perdem seus empregos, se veem afundadas em dívidas e tomadas pela desesperança, tudo isso por culpa e dolo daqueles que aparelharam o Estado brasileiro e locupletaram-se dos bens nacionais. (RELATÓRIO, 2017, pp. 18-19)

Ademais, a necessidade de modernização e adequação das relações de emprego às novas tecnologias e às novas dinâmicas e necessidades empresariais também motivou a proposta de alteração legislativa:

Um dos aspectos importantes considerados na análise da matéria em tela são as mudanças relacionadas às novas formas de contratação surgidas ao longo dos anos. Com efeito, hoje temos realidades que nem mesmo se sonhava existir quando da edição da CLT, ainda nos anos de 1940. As relações de trabalho atuais exigem uma necessidade imperiosa de otimizar tempo e economizar recursos, fruto de uma intensa inovação tecnológica que tem impactos relevantes sobre o mercado de trabalho. Observamos que, nessa ótica de se acompanhar as inovações impostas pela realidade, o Brasil não tem avançado o suficiente, se comparado com outros países. De fato, vemos que novas formas de contratação são objeto de regulamentação em diversos países, mas, no nosso, ainda estamos ao largo de qualquer regulamentação. Em uma tentativa de colocar o nosso País entre as nações mais modernas do mundo, estamos propondo a regulamentação de alguns desses “novos” modelos de contratação, os quais, diga-se, já deveriam estar sendo adotados há muito. São modelos que buscam uma nova forma de relacionamento entre empregados e empregadores, com a

finalidade última de aumentar o número de pessoas no mercado de trabalho formal. (RELATÓRIO, 2017, pp. 41-42)

Os objetivos de ordem econômica e social permearam, outrossim, a introdução na ordem jurídica do trabalho intermitente (VEYGA, 2018, p. 35). Esse instituto possibilitaria a ampliação de postos de trabalho e a redução do número de desemprego no País, conforme menção do Relatório da Comissão Especial:

Projeções feitas pela Frente Parlamentar Mista em Defesa do Comércio, Serviços e Empreendedorismo, tomando por base indicadores da economia dos Estados Unidos, embora reconheçam a dificuldade em se encontrar um número exato de vagas que possam ser abertas com a adoção do contrato intermitente, estimam que essa modalidade possa gerar cerca de catorze milhões de postos de trabalho formais no espaço de dez anos. Somente no setor de comércio, a estimativa é de criação de mais de três milhões de novos empregos, e aqui não está sendo considerada a formalização de empregos informais atualmente existentes no setor. Além do impacto direto na geração de empregos, há que se considerar o efeito social da implantação do contrato intermitente em situações como a obtenção do primeiro emprego, especialmente para os estudantes, que poderão adequar as respectivas jornadas de trabalho e de estudo da forma que lhes for mais favorável. Como consequência, poderemos ter a redução da evasão escolar, tema tão caro a todos nós, bem como a ampliação da renda familiar. (RELATÓRIO, 2017, p. 50)

257

Desse modo, a introdução do trabalho intermitente no Projeto de Lei que resultou na Lei nº 13.467/2017 está em consonância com os propósitos gerais que levaram à alteração legislativa em comento. O trabalho intermitente foi concebido como um instituto jurídico que poderia contribuir para a diminuição das taxas de desemprego e para o combate à informalidade no mercado de trabalho. Assim, sob a perspectiva que orientou a atuação do Congresso Nacional, eventuais atividades anteriormente desenvolvidas sem a constituição de uma relação de emprego – como a contratação de garçons para trabalhar em eventos que ocorrem apenas nos finais de semana – passariam a ser formalizados por meio de um contrato de trabalho intermitente, assegurando-se ao trabalhador as proteções sociais previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional (VEYGA, 2018, p. 39).

Além disso, conforme evidenciado no aludido Relatório, a

regulamentação dessa forma de trabalho, que atende às necessidades atuais da atividade empresarial, contribuiriam para a atração de novos investimentos e, conseqüentemente, para a retomada do crescimento econômico.

3 A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL. INSTITUTOS SEMELHANTES AO TRABALHO INTERMITENTE

Nos ordenamentos jurídicos europeus, há normas que regulam institutos semelhantes ao trabalho intermitente brasileiro. Assim, pretende-se, na presente seção, realizar um estudo comparativo das previsões normativas existentes em Portugal, na Espanha, na Itália, na França, na Alemanha e no Reino Unido. O objetivo é identificar as semelhanças e as diferenças com as normas constantes da Lei nº 13.467/2017, que serão abordadas no tópico subsequente.

3.1 Portugal

258

O Código do Trabalho Português de 2009 traz uma normatização detalhada sobre o tema em seus artigos 157 a 160.⁷ A conceituação do instituto é feita a partir da atividade empresarial, que deve ser exercida “com descontinuidade ou intensidade variável”.

O trabalho intermitente no Direito português poderá ocorrer sempre que a atividade econômica exercida tiver desconformidades temporais ou variações de intensidade, podendo os períodos de inatividade serem prolongados ou mais curtos, conforme as necessidades do empreendimento (MARTINEZ, 2013). Destina-se, destarte, a atividades que sejam sazonais por sua própria natureza ou que apresentem uma sazonalidade decorrente da intensidade variável da atividade – em razão de questões de mercado consumidor ou de matérias-primas (VEYGA, 2018, p. 39).

Uma importante especificidade da regulamentação portuguesa é a garantia de uma compensação retributiva mínima para os empregados durante o período de inatividade, a ser paga na mesma periodicidade da contraprestação devida nos períodos de atividade. A legislação portuguesa

7 Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=64>. Acessado em 11/05/2019.

determina que a compensação retributiva seja fixada em norma coletiva e, em sua falta, assegura-se o percentual de 20% da contraprestação recebida durante o período de atividade.

Além disso, a legislação portuguesa prevê, sob a forma genérica de trabalho intermitente, dois modos diversos de pactuação da prestação de labor: o trabalho alternado e o trabalho a chamadas. Naquele as partes pactuam, por ocasião da celebração do contrato de trabalho, a duração da prestação do serviço, que pode ser contínua ou interpolada – hipótese em que também são previamente fixadas as datas de início e término de cada período de trabalho. Além disso, a lei estabelece que a prestação de serviços não pode ser inferior a seis meses de jornada integral por ano, devendo haver, ainda, pelo menos quatro meses consecutivos de trabalho.

No trabalho a chamadas, por sua vez, há uma maior incerteza nas datas e na duração da prestação laboral, as quais não são fixadas por ocasião da celebração do contrato de trabalho. As partes devem, contudo, estabelecer a antecedência com que o empregador informará o empregado acerca da necessidade de seus serviços. Por exigência legal, a antecedência de comunicação mínima é de 20 dias.

A legislação portuguesa regula o trabalho intermitente de forma mais de detalhada do que a Lei nº 13.467/2017, como se verá no tópico subsequente. Em virtude de sua maior abrangência e do fato de ter sido produzida recentemente – estando, pois, adequada às necessidades da sociedade atual –, existe posicionamento doutrinário que defende sua aplicação subsidiária ao Direito brasileiro, com fulcro no art. 8º, parágrafo único, da CLT (SOUZA JUNIOR *et al.*, 2018, p. 204).

A compensação mínima ao trabalhador nos períodos de inatividade coaduna-se com a natureza retributiva do salário. Isso porque o contrato de trabalho é considerado sinalagmático em seu conjunto e não analisando parcela por parcela.

É por isso que existem hipóteses de pagamento da remuneração sem que haja a efetiva prestação de serviços pelo trabalhador, como as férias e os repousos semanais remunerados (BARROS, 2016, p. 492). Além disso, a compensação mínima constitui forma de balancear a menor previsibilidade de renda e de horários de trabalho nessa modalidade de contratação laboral.

Ademais, a estipulação de um período mínimo de labor por ano evita que o empregado fique longos períodos sem ser convocado e, portanto, sem receber a remuneração correspondente. Para evitar essas situações de permanência do vínculo de emprego sem remuneração por longos períodos – o que constitui contradição em termos com a própria razão de ser do contrato de trabalho para o empregado (SILVA, 2018, p. 84; DELGADO, DELGADO, 2018, p.156) –, a Medida Provisória nº 808/2017 previu a ruptura do contrato de trabalho intermitente caso não haja convocação no prazo de um ano (art. 452-D da CLT).

Verifica-se também na legislação portuguesa uma preocupação com a maior previsibilidade da prestação dos serviços e da remuneração. No trabalho alternado, a fixação da duração do labor é feita já no momento da celebração do contrato. Por outro lado, o trabalho a chamada também reflete essa preocupação do legislador português, já que o prazo mínimo de antecedência para a chamada no Direito português é de 20 (vinte) dias, lapso bastante elástico em relação aos 3 (três) dias previstos pela Lei nº 13.467/2017.

260

3.2 Espanha

O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha prevê, no seu artigo 16, o contrato fixo-descontínuo.⁸ Trata-se de modalidade contratual voltada para trabalhos que são fixos e descontínuos, cuja periodicidade, mesmo em situações de volume normal da atividade da empresa, não é passível de pré-fixação, pois as atividades não ocorrem em datas certas.

A imprevisibilidade é elemento essencial ao contrato fixo-descontínuo espanhol. Isso porque a legislação prevê que as atividades, cuja periodicidade seja passível de pré-determinação, serão objeto de um contrato de trabalho em regime de tempo parcial.

Além da exigência de forma escrita, exige-se a indicação, no contrato de trabalho fixo-descontínuo, de estimativa da duração da atividade, da jornada de trabalho e dos horários de início e término. A ordem de convocação e a forma de sua realização devem ser objeto de negociação

8 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acessado em 11/05/2019.

coletiva.

O exame da regulamentação do Direito espanhol auxilia na compreensão do escopo do contrato de trabalho intermitente, sobretudo quando comparado com as demais modalidades contratuais. À semelhança do que ocorre no Direito brasileiro, a Espanha prevê a existência de contratos de trabalho por tempo parcial. Assim, adota-se essa modalidade contratual para as atividades que não exigem o trabalho com base na carga horária máxima mensal autorizada, mas são dotadas de previsibilidade e periodicidade, o que permite a prefixação do número de horas a serem trabalhadas e sua distribuição ao longo da semana.

O contrato fixo-descontínuo não se destina às atividades passíveis de prefixação da necessidade de serviço. O óbice legal à utilização dessa modalidade contratual em tais hipóteses decorre da maior insegurança desse vínculo, no que se refere tanto à renda a ser recebida, quanto aos horários de trabalho.

Conquanto haja divergência no Brasil quanto às hipóteses de utilização do contrato intermitente (ARAÚJO, 2018, p.355), há entendimento no sentido de adotar a mesma diretriz constante do Direito espanhol. Segundo esse entendimento, o contrato intermitente destina-se aos serviços que não podem ter sua necessidade e periodicidade prefixadas (VEYGA, 2018, p. 47; ALVES, 2018, p. 21; CASSAR, 2017, p. 507), devendo-se, nas demais hipóteses, utilizar-se de outras modalidades contratuais, em especial o contrato de trabalho de jornada parcial. Isto é, o contrato intermitente pressupõe a existência de fato aleatório imponderável (SILVA, 2018, p.84).

261

3.3 Itália

O Decreto Legislativo nº 276/2003 regula, nos seus artigos 33 a 37, o trabalho intermitente na Itália. A modalidade contratual em comento consiste na prestação de serviços em caráter descontínuo ou intermitente por períodos predeterminados, na forma estabelecida por norma coletiva, sendo assegurados aos trabalhadores intermitentes os mesmos direitos dos demais trabalhadores.

A exigência da negociação coletiva foi dispensada para os

trabalhadores com idade inferior a 25 anos e aqueles com idade superior a 45 anos que estivessem fora do ciclo produtivo, que fossem pensionistas ou que constassem na *liste di mobilità* o *di collocamento* – cadastro mantido pelos órgãos competentes para realocação daqueles trabalhadores que se encontram desempregados. Apesar da diferenciação dos requisitos para o trabalho intermitente com base em critérios etários, o Tribunal de Justiça Europeu reconheceu não ser discriminatória a dispensa de trabalhador intermitente em virtude de ter alcançado a idade de 25 anos, quando não haja norma coletiva autorizando a contratação do trabalho intermitente.⁹

Em qualquer hipótese de contratação, a vinculação ao mesmo empregador está limitada a 400 dias a cada 3 anos civis, sob pena de conversão do vínculo em contrato de tempo integral (CAMERA, 2016). O objetivo do legislador com o estabelecimento do patamar máximo de dias trabalhados é evitar que as empresas adotem o contrato intermitente em atividades contínuas, mas com variações naturais de demanda (CARVALHO, 2018b, p. 41).

A utilização do trabalho intermitente é vedada para substituir empregados que estejam exercendo o direito de greve. As empresas que tenham realizado dispensa em massa nos seis meses precedentes tampouco poderão utilizar essa modalidade contratual, salvo se houver negociação coletiva em sentido contrário. A realização adequada das avaliações de risco do trabalho também é condição para que o empregador seja autorizado a celebrar contratos de trabalho intermitente.

O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter alguns elementos obrigatórios, como indicação da duração, da hipótese que autoriza o contrato intermitente, do local de trabalho e da forma como ocorrerá a convocação para o trabalho. A legislação italiana exige a antecedência mínima de um dia para a convocação.

Caso o empregado tenha a obrigação de atender ao chamado, deve constar também do contrato de trabalho intermitente a indenização de disponibilidade (*indennità di disponibilità*) – fixada em norma coletiva

9 LUXEMBURGO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. 1ª Seção. C-143/16. Abercrombie & Fitch Italia Srl contro Antonino Bordonaro. Data de Julgamento: 19/07/2017. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-143/16&language=PT>. Acessado em 25/05/2019.

–, que deve ser paga ao trabalhador pelo período em que permaneceu à disposição do empregador.

De modo diverso ao que ocorre no Brasil, as normas italianas procuram assegurar patamar mínimo remuneratório para o trabalhador sujeito ao contrato intermitente. Essa exigência aplica-se, contudo, apenas àqueles contratos em que haja exigência de atendimento do chamado do empregador. Há, portanto, diferença sensível em relação à regulamentação do Direito português, que não limita a indenização de disponibilidade aos casos em que haja a obrigação do trabalhador em atender a convocação patronal.

Na Itália, pesquisas apontam que os trabalhadores intermitentes laboram, em média, 10 dias por mês. Como não trabalham durante todo o mês, suas contribuições à Previdência Social também são reduzidas, resultando em aposentadorias correspondentes a cerca de 30% do salário médio (NOGUEIRA, 2017, p. 144).

3.4 França

263

Na França, o contrato de trabalho intermitente tem por objeto os empregos permanentes que, por sua natureza, apresentem alternância de períodos trabalhados e não trabalhados. Sua celebração deve ser autorizada por norma coletiva, salvo na contratação de pessoas com deficiência, trabalhadores readaptados, vítimas de acidente de trabalho – com redução de, pelo menos, 10% de sua capacidade laborativa – e beneficiários de proventos oriundos da Seguridade Social francesa.¹⁰

Além de ser celebrado por escrito, o contrato deve mencionar a duração anual mínima do trabalho, os períodos de trabalho e o número de horas trabalhadas em cada período. A carga horária estipulada no contrato pode ser ultrapassada até o limite de 1/3, estando o labor, além desse patamar, condicionado à concordância do empregado. Ademais, as horas trabalhadas além da jornada inicialmente prevista no contrato deverão ser pagas como horas extras.

10 Os exemplos elencados conformam o que é chamado na França de “beneficiaires de l’obligation d’emploi”, previstos nos artigos L5212-13 do Código do Trabalho francês. Cf. <https://travail-emploi.gouv.fr/emploi/emploi-et-handicap/oeth>. Acessado em 12/05/2019.

A norma coletiva pode estabelecer remunerações mínimas a serem pagas ao trabalhador intermitente, mesmo quando não haja prestação de serviços. Trata-se, portanto, da indenização por disponibilidade que, no direito francês, não decorre diretamente da legislação heterônoma, como ocorre em Portugal e na Itália. Na França, a previsão dessa garantia de renda mínima para o trabalhador é delegada à legislação autônoma e à atuação dos seres coletivos de trabalho.

3.5 Reino Unido

O Contrato de Zero Hora do Direito britânico é aquele em que o empregado assume o compromisso condicional de executar os serviços que lhe forem demandados pelo empregador. Trata-se de uma pactuação condicionada a evento futuro incerto, porquanto não há qualquer garantia que o empregador necessitará do serviço objeto do contrato (Seção 27A, 1, “a” e “b” do Employment Rights Act de 1996) (COLNAGO, 2018).

264

Tampouco existe o dever para o empregador de ofertar esse serviço ao empregado, caso venha a precisar dele em suas atividades empresariais (Seção 27B, 4, “b” do Employment Right Act de 1996). Desse modo, o contrato de zero-hora assemelha-se, como ocorre com o contrato de trabalho intermitente no Brasil, a um cadastro de dados de empregados (SILVA, 2018, p. 83) a ser acionado caso haja trabalho.

O Direito britânico não confere ao empregado a garantia de um número mínimo de horas a ser trabalhado nessa modalidade contratual. Não há qualquer vedação para o que trabalhador esteja simultaneamente sujeito a outros contratos de trabalho (Seção 27A, 1, “a” do Employment Right Act de 1996).

O contrato de zero hora alcançou seu pico de utilização em março de 2015, quando 2,1 milhões de trabalhadores britânicos laboravam sob essa modalidade contratual. Conquanto esse número tenha diminuído ao longo de 2016 – chegando a 1,7 milhão de trabalhadores –, em 2018 houve nova retomada de sua utilização, sendo estimado que mais de 100 mil empregados foram contratados por meio do contrato de zero hora.¹¹

11 <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/23/number-of-zero-hours-contracts-in-uk-rose-by-100000-in-2017-ons>. Acessado em 12/05/2019.

A utilização dessa modalidade contratual no Reino Unido é maior entre jovens, idosos e mulheres. De acordo com pesquisas divulgadas pela Office for National Statistics – órgão governamental responsável pela elaboração de pesquisas e estatísticas –, 36% da mão de obra submetida a contratos de zero hora é composta por trabalhadores com idade entre 16 e 24 anos. Ademais, a maior parte dos trabalhadores com mais de 65 anos que compõe a população economicamente ativa estão inseridos no mercado de trabalho por meio dessa modalidade contratual.¹²

Outra constatação realizada pelo ONS é a de que 66% dos trabalhadores contratados por meio de contratos de zero hora estão sujeitos a jornadas parciais (21,8 horas semanais), não realizando a jornada máxima semanal ou mensal legalmente autorizada. A jornada constatada é bastante inferior àquela praticada em outras modalidades contratuais existentes no Reino Unido, nas quais a média de horas semanais trabalhadas é de 31,6 horas.¹³

Apesar da menor jornada média, apenas 18% dos trabalhadores sob contrato de zero hora são estudantes em tempo integral. Assim, mostra-se bastante lógica a constatação das pesquisas do ONS de que os trabalhadores sob contrato de zero hora demonstram maior interesse em conseguir outro emprego ou ter sua jornada de trabalho majorada do que aqueles submetidos a outras modalidades contratuais.¹⁴

Em virtude do menor grau de proteção conferido aos empregados contratados sob o contrato zero hora, esse instituto jurídico tem recebido críticas da opinião pública e de parlamentares britânicos (CARVALHO,

12 Os dados podem ser encontrados, sistematicamente, na Figura 6 da pesquisa da ONS: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acessado em 12/05/2019.

13 Item 6 – Hours Worked and Flexibility – da seguinte pesquisa da ONS: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acessado em 12/05/2019.

14 Os dados podem ser encontrados na Figura 9 da seguinte pesquisa da ONS: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acessado em 12/05/2019.

2018b, p. 42).¹⁵ Críticas no mesmo sentido são encontradas em outros países da *Commonwealth*, como é o caso da Nova Zelândia, que anunciou o banimento dessa modalidade contratual (CARVALHO, 2018b, p. 42).

Recentes propostas de reforma da legislação trabalhista no Reino Unido preveem mecanismos para assegurar a esses trabalhadores maior grau de estabilidade no contrato e de segurança financeira.¹⁶ A preocupação existente em razão das condições de contratação e de labor dos trabalhadores submetidos ao contrato de zero hora consta do Relatório do Senador Paulo Paim na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, ao analisar o Projeto de Lei nº 38/2017:

Segundo o Trades Union Congress britânico (TUC), as empresas usam esse tipo de contrato para manter salários baixos e para evadir o cumprimento de obrigações trabalhistas. Para os trabalhadores, no entanto, só há perdas, com as raras exceções daquelas pessoas que realmente só querem fazer bicos ocasionais para complementar renda ou para trabalhadores muito qualificados que querem uma jornada flexível. Perdas não apenas econômicas, mas também em termos de proteção trabalhista e de qualidade de vida, pois esses trabalhadores não conseguem planejar seu tempo e seus gastos. Vivem em situação de permanente incerteza. No Reino Unido, o crescimento desse tipo de trabalho, bem como de outros tipos de trabalho não regulares, como o trabalho a tempo parcial, o trabalho terceirizado e o trabalho autônomo, está vinculado a uma crescente precarização do mercado de trabalho (o TUC chama de *underemployment*- subemprego) e à redução dos rendimentos (RELATÓRIO DA COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, 2017, p. 11).

Diante de todo o exposto, o contrato de zero-hora do Direito britânico assemelha-se ao contrato de trabalho intermitente do Direito brasileiro. A aproximação dos institutos decorre do fato de que, em nenhum deles, exige-se uma maior previsibilidade quanto à duração da atividade, à jornada de trabalho e aos horários de início e término. Inexiste, ademais, em ambos os ordenamentos jurídicos, a exigência de um período mínimo em que o trabalho deverá ser prestado, como ocorre em Portugal e na Itália.

15 <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/23/number-of-zero-hours-contracts-in-uk-rose-by-100000-in-2017-ons>. Acessado em 12/05/2019.

16 <https://www.gov.uk/government/news/millions-to-benefit-from-enhanced-rights-as-government-responds-to-taylor-review-of-modern-working-practices>

3.6 Alemanha

A previsão alemã do *Arbeit auf Abruf* (Trabalho sob Demanda) estabelece a possibilidade de empregadores e trabalhadores pactuarem contrato de trabalho específico que adeque a prestação de serviços às necessidades de trabalho do empreendimento. Diferentemente do Brasil, a convocação na Alemanha deve ocorrer com antecedência mínima de 4 (quatro) dias.

O contrato deve prever a duração semanal do trabalho, bem como a quantidade diária de horas trabalhadas. Caso não haja a estipulação, prevalece o mínimo legalmente estabelecido, qual seja, 10 horas semanais, com labor mínimo de 3 horas por dia de convocação (FERNANDES, 2017).

O Princípio da condição mais benéfica também é aplicado na estipulação da duração da jornada do trabalho intermitente. Inexistindo estipulação da jornada semanal e diária no contrato de trabalho, caso a jornada habitualmente trabalhada seja superior ao patamar legal, não pode o empregador reduzir a duração da jornada ao patamar legal (FERNANDES, 2017).

De modo semelhante ao que ocorre em outros países europeus, a contratação do *Arbeit auf Abruf* apresenta uma maior previsibilidade quanto ao número de horas e dias trabalhados, estabelecendo a legislação patamar mínimo que deve ser observado na pactuação. Apesar de não haver indenização por disponibilidade na Alemanha, a previsão de jornada mínima semanal assegura patamar remuneratório ao trabalhador, dando-lhe maior previsibilidade quanto à sua renda e à organização de sua rotina de trabalho.

Por outro lado, a antecedência de convocação no Direito alemão é inferior à regulamentação de outros países europeus, como a legislação portuguesa (20 dias). Comparando-se, todavia, com a previsão da Lei nº 13.467/2017, a Alemanha exige maior antecedência na convocação, conferindo, destarte, maior previsibilidade para os trabalhadores que laboram naquele País.

4 O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

Até a inserção do trabalho intermitente na ordem jurídica, as oscilações naturais de demanda por serviço eram reguladas por meio de outras modalidades contratuais.

No meio rural, o contrato de safra (art. 14, parágrafo único, da Lei nº 5.889/1973) atende a demandas intermentes, decorrentes de variações estacionais da produção, sendo considerado um embrião do trabalho intermitente no Brasil (CARVALHO, 2018a, p. 424). A legislação brasileira já regulamentava, portanto, o trabalho intermitente alternado¹⁷, no qual a atividade ou a intensidade dos serviços é sazonal ou de algum modo previsível.

A temática foi objeto de discussão nos Tribunais do Trabalho, em virtude da “jornada móvel e variável” adotada em alguns ramos de atividade, em especial por uma rede multinacional de alimentação rápida. A jornada então discutida assemelhava-se ao trabalho intermitente. O trabalhador era comunicado com antecedência mínima de dez dias do início da semana sobre sua jornada naquele período – que poderia oscilar de 8 a 44 horas semanais –, assegurando-se aos empregados a remuneração correspondente ao patamar mínimo de jornada (8 horas semanais).

Ao examinar a questão, a jurisprudência inclinou-se pela invalidade dessa modalidade de jornada:

[...] JORNADA MÓVEL. JORNADA DE TRABALHO FLEXÍVEL. INVALIDADE. AFRONTA AOS ARTIGOS 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 58, CAPUT, DA CLT. AFRONTA AO PRIMEIRO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA OIT (“O TRABALHO NÃO É UMA MERCADORIA”), ENUNCIADO PELA DECLARAÇÃO RELATIVA AOS FINS E OBJETIVOS DA OIT, DE 1944 (DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA - ANEXO). AFRONTA A QUATRO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CARDEAIS DE 1988: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DO EMPREGO; JUSTIÇA SOCIAL; SUBORDINAÇÃO DA PROPRIEDADE À SUA FUNÇÃO SOCIAL. DIFERENÇAS SALARIAIS PERTINENTES À

17 A conceituação do trabalho intermitente alternado parte da diferenciação estabelecida pela legislação portuguesa, conforme explicitado no item 3.1 *supra*.

JORNADA PADRÃO DE 08 HORAS AO DIA E DURAÇÃO DE 44 HORAS NA SEMANA.

As normas jurídicas heterônomas estatais estabelecem um modelo normativo geral, que se aplica ao conjunto do mercado de trabalho, de 08 horas de trabalho diárias e 44 semanais (art. 7º, XIII, da CF), que não pode ser flexibilizado em prejuízo do empregado. No mesmo sentido, o art. 58, *caput*, da CLT: “ A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite” . Em face desses parâmetros, compreende-se que a adoção de um regime de duração do trabalho amplamente flexível (de 08 a 44 horas semanais), com evidente prejuízo ao trabalhador - principalmente porque afeta o direito à manutenção de um nível salarial mensal -, implica ofensa a princípios inscritos na Constituição Federal de 1988 - dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170, *caput*), valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, e 170, *caput* e VIII), justiça social (art. 3º, I, II, III e IV, e 170, *caput*) e subordinação da propriedade à sua função social (art. 170, III). Relevante também enfatizar que a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia em 1944, ao declarar os fins e objetivos da OIT, bem como dos princípios que deveriam inspirar a política de seus Membros, inscreveu, como princípio fundamental, que “o trabalho não é uma mercadoria”. Sob o ponto de vista jurídico, a desmercantilização do trabalho humano efetiva-se pela afirmação do trabalho digno. Entende-se que a dignidade no trabalho somente é concretizada pela proteção normativa e mais precisamente por meio da afirmação de direitos fundamentais trabalhistas. Nesse contexto, o Direito do Trabalho assume papel de destaque, pois a essência de sua direção normativa, desde a sua origem até a atualidade, é explicitada no sentido de “ desmercantilizar, ao máximo, o trabalho nos marcos da sociedade capitalista” . Em face desses princípios previstos no cenário normativo internacional, além dos princípios e regras constitucionais explícitas em nosso ordenamento jurídico interno, bem como de normas legais, é inválida a cláusula contratual que estabelece a chamada “jornada móvel”. Isso porque ela retira, do empregado, a inserção na jornada clássica constitucional, impondo-lhe regime de trabalho deletério e incerto, subtraindo ademais o direito ao padrão remuneratório mensal mínimo. Nesse sentido, compreende-se que a decisão recorrida não está em consonância com o arcabouço jurídico que rege a matéria. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto. **(BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 3ª TURMA. RR-3990-35.2011.5.02.0421. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. DEJT 25/06/2015).**

A questão chegou a ser discutida em Ação Civil Pública ajuizada pelo

Ministério Público do Trabalho (Processo nº 9891900-16.2005.5.09.0004). Em sede de Recurso de Revista, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho julgou procedente a Ação Civil Pública para:

determinar à reclamada que se abstenha de contratar e substitua a ‘jornada móvel variável’ por jornada fixa, em todas as suas lojas, obedecendo-se as previsões constitucionais e infraconstitucionais, inclusive quanto a possível trabalho extraordinário, garantindo, pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas. Na hipótese de descumprimento das determinações judiciais ora estipuladas, multa ao requerido de R\$ 100,00 (cem reais) por trabalhador contratado sob a modalidade ‘jornada móvel e variável’.

Posteriormente, na pendência do Recurso de Embargos para a Subseção I de Dissídios Individuais (SbDI-I) do TST, a empresa celebrou, em outros autos (Processo nº 1040-74.2012.5.06.0011), acordo de âmbito nacional, em que se comprometeu a adotar jornadas fixas, ainda que por tempo parcial para seus empregados. Com efeito, diante desse novo quadro fático, a SbDI-I do TST aplicou a OJ 358, I, e condenou a empresa-ré ao pagamento do piso da categoria de forma proporcional às horas trabalhadas.

Diante do exposto, a Lei nº 13.467/2017 procurou positivar uma modalidade contratual já adotada – ainda que com outras denominações – em alguns segmentos do mercado de trabalho. Apesar de trazer uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 13.467/2017 regulou o trabalho intermitente em apenas duas normas: o art. 443, § 3º, e o art. 452-A da CLT. A generalidade da regulamentação foi esmiuçada pela Medida Provisória nº 808/201, norma que também enfrentou alguns dos problemas práticos e conceituais relativos à implementação desse instituto no Brasil.

O objetivo da presente seção é conceituar o trabalho intermitente, bem como delinear seus aspectos gerais, com base na legislação em vigor (Lei nº 13.467/2017). Conquanto a vigência da Medida Provisória nº 808/2017 tenha-se encerrado em 22-4-2018, suas disposições serão analisadas naquilo que contribuem para a compreensão do conceito jurídico examinado.

Malgrado a divergência doutrinária sobre sua natureza jurídica¹⁸, prevalece o entendimento (CASSAR, BORGES, 2017, p. 45; SILVA, 2018, p.; ARAÚJO, 2018, p. 357) de que o trabalho intermitente é a modalidade contratual na qual a prestação de serviços não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade. Os períodos sem desempenho de atividades laborais poderão ser mais curtos - de horas ou dias - ou mais prolongados - de meses.

O objetivo é atender a necessidades de trabalho atreladas a fatos imprevisíveis, cuja ocorrência e duração não podem ser antevistas pelo empregador no momento da celebração do contrato de trabalho (ALVES, 2018, p. 36). O elemento essencial à conceituação do trabalho intermitente é, dessarte, o caráter imponderável e variável da necessidade do serviço (SILVA, 2018, p. 84), que oscilará quanto à ocorrência e quanto à extensão (CARVALHO, 2018a, p. 424).

Tendo em vista a conceituação doutrinária do trabalho intermitente, decisões judiciais já invalidaram sua utilização em atividades permanentes da empresa:

Diante de tal redação, entende-se o contrato de trabalho intermitente como sendo uma contratação excepcional, em atividade empresarial descontínua. Assim sendo, essa modalidade de contrato, por ser atípica e peculiar, assegura aos trabalhadores patamares mínimos de trabalho e remuneração, devendo então ser utilizada somente para situações específicas. [...] Entende-se, portanto, que o trabalho em regime intermitente é lícito de acordo com a nova legislação, todavia, deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas, sobretudo, não podendo ser utilizado para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular. Não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa. (BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 1ª Turma. Processo nº 0010454-06.2018.5.03.0097. Relator José Eduardo de Resende Chaves Júnior. Data de Julgamento: 29/10/2018)

De acordo com a regulamentação brasileira, quando surgir a

18 Há quem considere que, ao regular o trabalho intermitente, a Lei nº 13.467/2017 estabeleceu apenas uma nova modalidade de salário por unidade de obra (salário-tarefa). Cf. DELGADO; DELGADO, 2017, p. 155. As implicações desse entendimento serão analisados no item 5 *infra*.

demanda de serviço, o empregador convocará o empregado, com, no mínimo, três dias corridos de antecedência, informando-lhe a jornada a ser desempenhada (art. 452-A, §1º, CLT). O empregado terá um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa. A Medida Provisória nº 808/2017 havia alterado o prazo para 24 horas, de forma a permitir seu transcurso também durante finais de semana e feriados (SILVA, 2018, p.84; SOUZA JUNIOR *et al.*, 2018, p. 215).

Por expressa previsão legal, a recusa da oferta de serviço não autoriza o exercício do poder disciplinar patronal (art. 452-A, §3º, CLT). Trata-se de hipótese excepcional em que o empregado pode não exercer a atividade laboral solicitada pelo empregador, o que mitiga, ademais, o poder diretivo patronal (SILVA, 2018, p. 85).

Aceita a oferta, 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, sendo permitida a compensação, a ser realizada em igual prazo. A imposição da multa tem sido questionada, por constituir uma sanção pecuniária a um empregado sem renda fixa – em virtude da própria conformação do trabalho intermitente (CASSAR, 2017, p. 215; SILVA, 2018, p. 87).

Ademais, na hipótese de o empregador desistir da utilização da força de trabalho do empregado, haverá o recebimento apenas de 50% da remuneração. O tratamento legislativo é prejudicial ao empregado, que pode ter deixado de atender a outros chamados que lhe propiciariam renda maior do que os 50% que irá receber (SILVA, 2018, p.85).

Ao final de cada prestação de serviços, haverá o pagamento de todas as verbas devidas ao empregado em virtude do contrato de trabalho (art. 452-A, §6º, CLT): férias proporcionais + 1/3, gratificação natalina proporcional, repouso semanal remunerado, adicionais legais. O rol é exemplificativo, sendo devido o pagamento de outras parcelas aplicáveis, como adicional noturno, adicional de insalubridade/periculosidade (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 157). São também devidos eventuais adicionais e gratificações convencionais, em virtude da garantia de salário análogo, contida no art. 452-A, *caput*, CLT (SILVA, 2018, p. 84; VEYGA, 2018, p. 36).

O pagamento imediato de parcelas que, nos contratos de trabalho tradicionais, tem seu adimplemento diferido no tempo (p.e, férias e gratificação natalina) decorre da imprevisibilidade da próxima convocação no contrato intermitente (DELGADO, DELGADO, 2017, p.156). Assim, optou o legislador reformista por impor ao empregador o pagamento de todas as parcelas trabalhistas devidas – ainda que de forma proporcional e indenizada – ao final de cada prestação de serviços, como se houve uma extinção parcial do contrato ao final de cada período de atividade (CASSAR, 2017, pp. 215 e 509).

A vagueza do termo “Ao final de cada período de prestação de serviço” impõe uma adequada leitura da norma, em especial nos contratos intermitentes mais longos – com prestação de serviços superior a um mês. Faz-se necessária sua compatibilização com o art. 459 da CLT, que veda o pagamento em periodicidade superior à mensal, salvo para gratificação, percentual e comissão (CASSAR, BORGES, 2017, p. 46; SILVA, 2018, p. 86). A delimitação da periodicidade máxima para pagamento dos trabalhadores intermitentes constou da Medida Provisória nº 808/2017, que inseriu o art. 452-A, §11, impondo a observância do art. 459 CLT.

273

O artigo 452-A, §9º, CLT assegurou ao trabalhador intermitente o direito a fruição de férias a cada 12 meses, período em que o empregador não poderá convocá-lo para prestar serviços. Pela literalidade da norma, as férias serão concedidas sem a remuneração correspondente, porquanto o trabalhador intermitente já recebeu os valores devidos a esse título após cada período de trabalho (VEYGA, 2018, p. 44). A dificuldade prática de imaginar-se a efetiva fruição desse período de descanso sem a remuneração respectiva – em descompasso com o art. 7º, XVII, CF – leva parcela da doutrina a entender devido o pagamento de 30 dias de férias, acrescido do terço constitucional, ao trabalhador intermitente (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 157).

Apresentado o conceito de trabalho intermitente no Brasil, impõe-se, agora, diferenciá-lo de outras modalidades contratuais, como o contrato de trabalho por jornada parcial, o contrato de trabalho temporário e o contrato de trabalho por tempo determinado.

O contrato de trabalho por jornada parcial previsto no art. 58-A CLT

visa atender uma demanda regular de trabalho, havendo fixação de jornada e de horários fixos, estipulados no momento da contratação. Assim, não há nesse contrato de trabalho alternâncias significativas de periodicidade e de duração da atividade laborativa. Diferentemente do trabalho intermitente, não se verifica a situação de insegurança do trabalhador quanto à organização de sua rotina e à renda mensal a ser auferida.

O contrato de trabalho temporário atende à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviço – decorrente de fatores previsíveis ou imprevisíveis (periódicos, sazonais ou intermitentes) (art. 2º da Lei nº 6.019/1974). A principal característica específica dessa modalidade de contratação é seu caráter triangular, em virtude da intermediação realizada pela empresa de trabalho temporário (art. 4º da Lei nº 6.019/1974). Ademais, a utilização da força de trabalho de um mesmo empregado pela empresa tomadora tem duração máxima por ano de 180 dias consecutivos, ou não, prorrogável por mais 90 dias (art. 10 da Lei nº 6.019/1974) , o que não ocorre no trabalho intermitente.

274

O contrato de trabalho por prazo determinado, por sua vez, é permitido nas hipóteses legalmente autorizadas pelo art. 443, §2º, da CLT, relacionadas à transitoriedade dos serviços prestados, da atividade empresarial em si e ao contrato de experiência. Assim, essa modalidade contratual não se destina a serviços em que haja alternância entre períodos de atividade e de inatividade. A legislação procura, outrossim, evitar a realização de sucessivos contratos por prazo determinado ou mesmo seu prolongamento no tempo, sob pena de ser formado vínculo de emprego por prazo indeterminado (arts. 445 e 451 da CLT).

5 RUPTURA DE PARADIGMAS

A partir da descrição realizada, é possível perceber algumas novidades constantes da regulação do trabalho intermitente. Algumas delas revelam-se inconsistentes com conceitos e normas anteriormente existentes no Direito do Trabalho brasileiro.

O objetivo do presente tópico é analisar as inovações relativas ao

contrato intermitente, identificando os desafios e as rupturas de paradigmas trazidas pela nova regulamentação. Para tanto, são destacados seis aspectos mais controversos sobre do trabalho intermitente.

5.1 Pressupostos fático-jurídico da não eventualidade

O primeiro aspecto refere-se à não eventualidade como pressuposto fático-jurídico da relação de emprego (art. 3º da CLT). À exceção do trabalho doméstico, que incorporou a teoria da descontinuidade (art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015), o conceito de não eventualidade difere da noção de continuidade, ou seja, a não eventualidade poderá estar presente ainda que a necessidade das atividades laborais não seja contínua (BARROS, 2016, p. 175), mesmo porque a ordem jurídica autoriza o contrato de trabalho por tempo parcial (art. 58-A da CLT).

O pressuposto da não eventualidade impõe que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, ainda que por um curto período, não podendo a atividade ser meramente esporádica. O empregado deve exercer suas atividades com ânimo definitivo, havendo expectativa de retorno àquela atividade (DELGADO, 2017, pp. 317-320).

A doutrina elenca três teorias que devem ser utilizadas em conjunto para identificar a distinção entre a relação empregatícia e a relação de trabalho não eventual: (I) teoria do evento; (II) teoria dos fins do empreendimento; (III) teoria da fixação jurídica.

A teoria do evento identifica o trabalho eventual como aquele prestado em razão de algum fato específico e determinado, findando tão logo deixe de existir seu motivo ensejador. Não se trata, assim, de um fato reiterado ou de longa duração no tempo, o que poderia levar à configuração da relação de emprego, mas, sim, de evento esporádico e incerto (RUSSOMANO, 1990, p. 12).

A teoria dos fins do empreendimento define o trabalhador eventual como aquele que não se insere no âmbito das atividades rotineiras e normais do empregador, exercendo atividades acessórias ao empreendimento (BARROS, 2016, p. 148).

Por fim, a teoria da fixação jurídica conceitua o trabalhador

eventual como aquele que não se vincula a um único tomador de serviços, desenvolvendo suas atividades para destinatários que variam no tempo (DELGADO, 2017, p. 317).

Diante de todo o exposto, a não eventualidade pressupõe uma expectativa de retorno, por parte do trabalhador, aos serviços prestados ao empregador. A atividade laboral exerce-se, assim, em caráter de permanência, ainda que de modo descontínuo, por haver lapsos em que a atividade não é exercida.

A contrário senso, eventual é o trabalho que, embora exercido continuamente e em caráter profissional, tem destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles (NASCIMENTO, 2014, p. 72).

No trabalho intermitente, não há, de forma plena, a expectativa de retorno inerente à não eventualidade. Isso porque inexistente qualquer obrigação de o empregador convocar o empregado para prestar serviços intermitentes (JOÃO, 2018, p. 41). O trabalho intermitente apresenta, assim, certo grau de imprevisibilidade em sua realização (CASSAR, 2017, p. 125), o que o aproxima do fato incerto e esporádico utilizado pela doutrina para conceituar o trabalho eventual.

Por isso, há quem diga que, ao admitir a existência de vínculo de emprego no contrato intermitente, o legislador flexibilizou o conceito de não eventualidade previsto no art. 3º da CLT (SILVA, 2018, p. 83). A flexibilização conceitual evidencia-se no próprio relatório legislativo analisado no tópico 2 deste artigo, que destacou, como um dos objetivos da nova legislação, a regulamentação por meio do Direito do Trabalho de relações jurídicas antes mantidas à sua margem, como os “bicos” e os trabalhos informais (VEYGA, 2018, p. 39).

5.2 Extinção do Contrato de Trabalho Intermitente pelo decurso do prazo

Como não há qualquer ônus financeiro durante o período de inatividade, é possível que o contrato perdure por anos sem qualquer convocação e sem a extinção do vínculo (SILVA, 2018, p. 85). A situação fática de manutenção duradoura do vínculo sem trabalho e sem salário não

se mostra adequada para atender às demandas empresariais de produção e à necessidade do trabalhador de obter renda para sustentar a si e a sua família. Trata-se, em verdade, de um não contrato (SILVA, 2018, p. 83), porquanto não são assegurados os direitos ao trabalho, à remuneração justa e à existência digna, previstos no art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Medida Provisória nº 808/2017 havia enfrentado a questão ao prever que, transcorrido o lapso temporal de um ano sem chamamento para prestar serviços, haveria a extinção do contrato de trabalho intermitente (art. 452-D da CLT), com o pagamento das verbas rescisórias do art. 452-E da CLT.

A norma em questão fixou as verbas rescisórias devidas de forma idêntica à hipótese da extinção do contrato por acordo entre as partes (art. 484-A, da CLT). Contudo, como no trabalho intermitente ocorre a “extinção parcial do contrato” (CASSAR, 2017, pp. 215 e 509) ao final de cada período de prestação de serviços – momento em que percebe, de forma proporcional, todas as verbas que lhe seriam devidas –, o trabalhador receberá, ao final do contrato, apenas metade do aviso-prévio de forma indenizada e a indenização de 20% do saldo de seu FGTS.

É passível de questionamento a opção legislativa pela aplicação ao trabalho intermitente do mesmo raciocínio da extinção do contrato por acordo das partes (SILVA, 2018, p. 88). Isso porque a extinção do contrato de trabalho dá-se pela ausência de convocação do empregador, o qual mostra desinteresse em demandar a realização de serviços pelo empregado.

A demanda de trabalho é uma prerrogativa patronal decorrente de seu poder diretivo. Todavia, o contrato intermitente rompe com a perspectiva tradicional dos poderes patronais no contexto da relação de emprego, em especial quando se trata da convocação para prestar serviços.

Assim, seria mais adequado pensar em rescisão contratual por iniciativa patronal, ensejando o pagamento das verbas inerentes à dispensa sem justa causa, com as devidas adequações às peculiaridades do contrato de trabalho intermitente.

5.3 Tempo à disposição: alteridade nas relações de emprego

O modo de produção capitalista emergido das Revoluções Industriais rompeu com a tradição europeia de produção artesanal. Nesta, o artífice detinha os meios de produção – compartilhados, em regra, com outros produtores, em formas embrionárias de organização que dariam ensejo à formação, num segundo momento, das corporações de ofício – e auferia renda pela venda das peças por ele fabricadas.¹⁹

O modelo emergido da Revolução Industrial precisava, destarte, recriar nos empregados o compromisso pleno do artesão com a sua produção (BAUMAN, 2005, pp. 21-24 *apud* CARVALHO, 2018b, p. 37). A necessidade de engajamento da classe operária em um processo produtivo cujo resultado não lhe pertenceria fez-se pelo pagamento de salários em troca da força de trabalho utilizada (CARVALHO, 2018b, p. 37).

278 Nesse contexto, estabeleceu-se uma relação jurídica baseada na reciprocidade. O empregado abria mão da disponibilidade total sobre as horas de seu dia para produzir em favor do detentor dos meios de produção. Em troca, tinha a certeza de que receberia os recursos necessários para financiar o seu período de *otium*²⁰, ou seja, seu tempo sem trabalho dedicado a atividades pessoais (CARVALHO, 2018b, p. 37).

Assim, o Direito do Trabalho estruturou-se de modo a remunerar o trabalhador não apenas pelas atividades efetivamente prestadas, mas, também, por todo o período em que empregado permanece à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens (art. 4º CLT). Trata-se de previsão normativa que evidencia a alteridade nas relações de emprego,

19 Progressivamente, em especial na Baixa Idade Média, houve um descolamento entre a posse dos meios de produção – mantida pelos Mestres – e o trabalho nas corporações de ofício – que ficava a cargo de Jornaleiros e Aprendizizes. Assim, nesse período, já se divisa o início da formação da burguesia e do proletariado, que será consolidada após as Revoluções Industriais. Para maiores informações sobre o tema, *Cf.* BURNS, 1965, Capítulo 13, Item 4.

20 A expressão “otium” não coincide com o conceito popular difundido da palavra ócio. Trata-se, na verdade, de expressão ideal do tempo livre, no qual o trabalhador poderia dedicar-se a atividades produtivas para si e não para a atividade econômica. Ou seja, a expressão abarcaria os momentos dedicados a atividades familiares, sociais, culturais, religiosas e pessoais desvinculadas do processo de produção. Para maiores desenvolvimentos acerca do tema, *Cf.* BAGOLINI, 1997, p. 55 *apud* CARVALHO, 2018b, p. 37.

porquanto cabe ao empregador assumir os riscos do empreendimento (art. 2º CLT), efetuando o pagamento da remuneração dos trabalhadores independentemente dos resultados e das variações da atividade empresarial.

A conceituação do trabalho intermitente rompe, contudo, com a premissa do tempo à disposição. Isso porque o art. 452-A, §5º, CLT expressamente prevê que o período de inatividade não é considerado tempo à disposição do empregador, podendo o empregado prestar seus serviços para outros empregadores. Inexistindo tempo à disposição, não são devidos os salários e os benefícios decorrentes do vínculo de emprego. Por essa razão, o contrato intermitente pode ser visto como um simples cadastro de empregados (SILVA, 2018, p.83).

Conquanto a legislação afaste a incidência do tempo à disposição no contrato intermitente, esse conceito permanece aplicado na realidade contratual, mas sem a correspondente remuneração (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 154). Em um contexto contratual marcado pela subordinação e pela assimetria, não se vislumbra a completa autonomia do trabalhador para recusar os chamados do empregador para a prestação de serviço (SILVA, 2018, p. 84). Caso adote essa conduta de forma reiterada, é evidente que o empregado passará a ser negligenciado em eventuais chamadas futuras e poderá permanecer com esse liame jurídico vigente de forma indefinida, mas de forma zerada (SILVA, 2018, p. 85), sem prestação de serviços e a contraprestação respectiva.

Assim, na prática, o empregado continua à disposição dos chamados patronais ainda que eles não venham a concretizar-se (CASSAR, 2017, p. 508). Com efeito, preserva-se a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os seus efeitos jurídicos remuneratórios correlatos (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 154). Trata-se, em verdade, de uma terceira espécie de tempo na vida do empregado, para além do tempo de trabalho e do tempo livre, porquanto não é utilizado efetivamente para a atividade laborativa, mas não pode ser dedicado integralmente à vida pessoal do trabalhador (NOGUEIRA, 2017, p.130).

Além disso, ao isentar o empregador do pagamento da remuneração durante os períodos de inatividade, a legislação acaba transferindo ao trabalhador os riscos do empreendimento (CASSAR, 2017, p. 509;

VEYGA, 2018, p. 43). A imprevisibilidade da atividade empresarial, sujeita a variações da demanda produtiva e a retrações do mercado consumidor, não será suportada pelo empregador, que poderá reduzir seus custos por meio da não convocação e do não pagamento dos salários de seus empregados. O ônus será arcado pelo trabalhador que ficará sujeito ao ócio indesejado e à insegurança de não conseguir prover sua subsistência por meio daquele vínculo de emprego.

Diante do exposto, o contrato de trabalho intermitente insere uma modalidade de disponibilidade permanente do empregado, sem a certeza do pagamento da remuneração correspondente – ou seja, sem a reciprocidade que existia na base do modelo de produção capitalista (CARVALHO, 2018b, p. 38). Assim, transfere ao empregado o risco da oscilação natural da demanda de serviço, que compõe o risco da atividade econômica e deve, portanto, ser assumido pelo empregador (art. 2º CLT) (CARVALHO, 2018a, p. 425).

²⁸⁰ 5.4 Pressuposto fático-jurídico da subordinação: poderes do empregador

A subordinação jurídica (art. 3º da CLT) é o elemento peculiar que distingue a relação de emprego das demais relações jurídicas existentes no ordenamento jurídico. Consiste no comprometimento do trabalhador, decorrente do liame contratual que limita sua autonomia da vontade, de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará (DELGADO, 2017, p. 324).

Por sua própria definição, a subordinação jurídica tem relação intrínseca com os poderes empregatícios, direcionados à orientação das atividades desempenhadas no âmbito laboral (DELGADO, 2017, p. 325). Além dos poderes fiscalizatório e regulamentar, os poderes diretivo e disciplinar são considerados as duas principais dimensões do poder interempresarial (DELGADO, 2017, p. 750).

O poder diretivo consiste na capacidade patronal de dirigir a organização da estrutura e espaço empresariais internos, definindo o processo de trabalho adotado, especificando e orientando cotidianamente a prestação de serviços (DELGADO, 2017, p. 751). Já o poder disciplinar

consiste na autorização outorgada ao empregador de impor sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais (DELGADO, 2017, p. 756).

No que tange ao trabalho intermitente, sua conceituação coloca em questão o alcance dos poderes patronais de direção e de aplicação de sanções. Sendo a prerrogativa de exigir a realização de trabalho uma premissa básica do poder diretivo, mostra-se difícil compatibilizar o conceito clássico dos poderes empregatícios e a possibilidade de o empregado recusar o chamado patronal para prestação de serviços (art. 452-A, §3º, CLT) (SILVA, 2018, p. 85). Com efeito, no contrato de trabalho intermitente, pode-se vislumbrar a existência de uma subordinação jurídica condicional ao aceite do chamando patronal (JOÃO, 2018, p. 45).

Atenuada a dimensão do poder diretivo e da subordinação jurídica no contrato intermitente, há a mitigação do próprio poder disciplinar patronal. Isso porque o campo de aplicação de medidas disciplinares por parte do empregador acaba diminuído, não sendo cabível a aplicação de sanções por insubordinação na hipótese de recusa de atendimento do chamado para o trabalho (art. 482, “h”, CLT).

5.5 Pressupostos fático-jurídicos da onerosidade

A onerosidade é pressuposto inerente à relação de emprego e distingue-a da relação de trabalho voluntário (Lei nº 9.608/98). Refere-se ao sinalagma existente entre prestação de serviços e a contraprestação – pecuniária (art. 457 da CLT) e/ou em espécie (art. 458 da CLT).

No contrato de trabalho intermitente, a onerosidade não é elemento essencial para a existência e continuação da relação de emprego. Isso porque inexistente a obrigação patronal de convocar o empregado para prestar serviços e, conseqüentemente, por inexistir trabalho, não há obrigação de pagamento da contraprestação pactuada.

Não se assegura, portanto, o pagamento do salário mínimo ao trabalhador intermitente, mas apenas o salário mínimo por hora efetivamente laborada. A não garantia da renda mínima mensal necessária ao trabalhador para manter a si mesmo e a sua família torna-se ainda mais drástica no contexto da legislação brasileira. Isso porque o empregado não

tem previsibilidade do número de hora que serão trabalhadas no mês e não recebe nenhum valor a título de indenização por disponibilidade.

É cediço que o pagamento de salário mínimo proporcional à jornada é considerado constitucional pela jurisprudência, como se nota da OJ 358, I, da SDI-I do TST. Contudo, esse entendimento foi consolidado para casos de jornada parcial fixa em que há maior previsibilidade por parte do trabalhador em relação ao número de horas laboradas e à renda que será auferida. Trata-se, pois, de situação diversa daquela enfrentada pelos trabalhadores intermitentes.

A situação dos trabalhadores intermitentes pode ser questionada à luz da garantia constitucional de recebimento do salário mínimo e do atendimento de todas as necessidades do emprego (art. 7º, IV, CF) (SILVA, 2018, p. 84). Em virtude da insegurança remuneratória, há quem defenda que a legislação equiparou o empregado intermitente ao autônomo (VÓLIA, 2017, p. 215).

282

Em razão da incongruência entre o trabalho intermitente e a garantia constitucional de percepção do salário mínimo, existe entendimento doutrinário que interpreta o trabalho intermitente não como uma modalidade de contrato de trabalho, mas, sim, como modalidade de salário por unidade de obra (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 155). Com efeito, o reconhecimento da natureza jurídica de modalidade de salário implica que o trabalhador intermitente terá assegurado o salário mínimo mensal, ainda que não preste serviços durante 220 horas por mês, pois a Constituição assegura a percepção de salário mínimo nas hipóteses de remuneração variável (art. 7º, VII, CF).²¹

A posição doutrinária em comento aplica ao trabalhador intermitente o entendimento jurisprudencial – aplicável aos servidores públicos – no sentido de que não é lícita a percepção de vencimentos inferiores ao salário mínimo, ainda que o labor ocorra em jornada por tempo parcial. Trata-se de entendimento consolidado tanto pelo Supremo Tribunal

21 A propósito, o posicionamento doutrinário ora analisado também encontra-se refletido na decisão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo nº 9891900-16.2005.5.09.0004, que tratou da jornada “móvel e variável” adotada por uma rede multinacional de alimentação rápida. Para maiores informações sobre o caso, *Cf.* tópico 4 supra.

Federal (por exemplo, AI 815.869 AgR e ARE 663068), quanto pelo Tribunal Superior do Trabalho (OJ 358, II). Contudo, esse entendimento não é atualmente aplicado aos empregados celetistas – como evidenciado pela OJ 358, I, do TST –, em relação aos quais é admissível o pagamento de salário-mínimo proporcional.

Os defensores da reversão desse posicionamento argumentam que houve uma alteração no cenário jurídico, a ensejar uma mudança na interpretação da norma. Segundo eles, até a edição da Lei nº 13.467/2017, a percepção de remuneração inferior ao salário-mínimo era residual. A regulamentação do contrato de trabalho intermitente modificou esse cenário, generalizando a possibilidade de recebimento de montante inferior ao salário mínimo nas relações de emprego. Desse modo, seria cabível a revisão da interpretação jurisprudencial anterior, de modo a dar máxima efetividade ao art. 7º, incisos IV e VII, da CF.

5.6 A contribuição previdenciária no Contrato de Trabalho Intermitente

283

A questão previdenciária é outro tema de preocupação no trabalho intermitente. Devido à incerteza sobre a remuneração mensal a ser recebida, é possível que o trabalhador intermitente receba quantia inferior ao salário mínimo e, por consequência, o empregador realize recolhimentos previdenciários inferiores ao mínimo. Como a Previdência Social não pode conceder benefícios que substituam o salário em patamar inferior ao salário mínimo (art. 201, §2º, CF), surge controvérsia sobre eventuais benefícios previdenciários concedidos aos trabalhadores intermitentes.

Para tentar solucionar essa controvérsia, a Medida Provisória nº 808/2017 inseriu o art. 911-A da CLT. A norma determinava que o empregado deveria recolher a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, sob pena de não ter aquele mês considerado para fins de aquisição ou manutenção da condição de segurado. A disposição em comento não se mostra, contudo, compatível com as normas de custeio da Previdência Social.

A legislação previdenciária, de fato, prevê o recolhimento da diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal

na hipótese do contribuinte individual que presta serviços a empresas. A legislação exige que o tomador realize o recolhimento previdenciário sobre o serviço prestado, cabendo ao prestador dos serviços complementares o recolhimento até o montante do salário mínimo, caso o serviço prestado naquele mês tenha valor inferior ao mínimo legal (arts. 4º e 5º da Lei nº 10.666/2003). A opção legislativa por esse critério decorreu, no caso, da dificuldade de mensuração do rendimento do contribuinte individual, que é, em regra, profissional liberal (IBRAHIM, 2018).

No entanto, a situação do trabalhador intermitente é diversa daquela prevista na norma previdenciária. Sendo enquadrado como segurado obrigatório da Previdência Social (art. 12, I, Lei nº 8.212/90), o trabalhador intermitente beneficia-se da presunção de recolhimento das contribuições previdenciárias (art. 34, I, Lei nº 8.212/90).

Ademais, a existência de recolhimentos previdenciários inferiores ao salário mínimo por parte de segurados obrigatórios não é nova na realidade da Previdência Social, ocorrendo, por exemplo, nos contratos de trabalho de jornada parcial. Nesses casos, se o salário de contribuição for inferior ao salário mínimo, não se exige qualquer contribuição adicional, computando-se para todos os efeitos previdenciários o mês trabalhado.²² Aplica-se, no particular, o art. 28, §3º, da Lei nº 8.212/90, que define o limite mínimo para o salário de contribuição de forma proporcional à jornada trabalhada:

§ 3º O limite mínimo do salário-de-contribuição corresponde ao piso salarial, legal ou normativo, da categoria ou, inexistindo este, ao salário mínimo, **tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo** durante o mês. (destaques acrescidos)

A exigência de contribuição adicional, conforme preconizado pela Medida Provisória nº 808/2017, acabaria por impedir a inclusão de considerável número de trabalhadores na cobertura da Previdência Social, em contradição com o Princípio da Universalidade (art. 201, parágrafo único, CF). Isso porque dificilmente o trabalhador intermitente, já premido pela baixa remuneração recebida, teria condições financeiras de destinar

22 Solução idêntica é prevista no Direito italiano. Nos casos em que haja a previsão de uma indenização por disponibilidade, não se aplica o mínimo de contribuição previdenciária, sendo computado o mês para todos os efeitos previdenciários. Cf. NOGUEIRA, 2017, p. 143.

parte adicional de seus rendimentos para o custeio da Previdência Social (VEYGA, 2018, pp. 46-47).

6 CONCLUSÕES

Os contextos socioeconômico e político vividos pelo Brasil desde 2014 levaram à postura legislativa de flexibilizar as regras trabalhistas com o objetivo de aumentar a competitividade externa do País e de retomar o desenvolvimento nacional. A introdução do trabalho intermitente na ordem jurídica insere-se nesse processo de alegada modernização das normas trabalhistas para atender às necessidades produtivas do mundo globalizado. Ademais, o instituto foi concebido com a intenção de possibilitar a ampliação de postos de trabalho e a redução do número de desempregados no País.

O trabalho intermitente não é uma figura prevista unicamente no Brasil, já encontrando regulamentação em diversos países, como Portugal, na Espanha, na Itália, na França, na Alemanha e no Reino Unido. A regulamentação nacional, contudo, deixou de assegurar diversas proteções constantes da legislação estrangeira, como a previsão de jornada mínima semanal e a indenização por disponibilidade.

285

Apesar de trazer uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 13.467/2017 regulou o trabalho intermitente em apenas duas normas: o art. 443, § 3º, e o art. 452-A da CLT. A generalidade da regulamentação foi esmiuçada pela Medida Provisória nº 808/201, norma que também enfrentou alguns dos problemas práticos e conceituais relativos à implementação desse instituto no Brasil.

O trabalho intermitente é modalidade contratual na qual a prestação de serviços não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade. O objetivo é atender a necessidades de trabalho atreladas a fatos imprevisíveis, cuja ocorrência e duração não podem ser antevistas pelo empregador no momento da celebração do contrato de trabalho.

O trabalho intermitente coloca em dúvida diversas concepções tradicionais do Direito do Trabalho. Como inexiste qualquer obrigação de o empregador convocar o empregado para prestar serviços intermitentes,

não há nessa modalidade contratual a expectativa de retorno inerente ao pressuposto fático-jurídico da não eventualidade (art. 3º da CLT).

A inexistência de ônus financeiro durante o período de inatividade permite que o contrato perca por anos sem qualquer convocação e sem a extinção do vínculo, sendo, na realidade, um não contrato. Desse modo, a extinção do vínculo de emprego intermitente pelo decurso do prazo foi uma medida salutar inserida pela Medida Provisória nº 808/2017 durante sua vigência.

O trabalho intermitente rompe com a premissa do tempo à disposição, pois o período de inatividade não é considerado tempo à disposição do empregador (art. 452-A, §5º, CLT). Em um contexto contratual marcado pela subordinação e pela assimetria, não se vislumbra a completa autonomia do trabalhador para recusar os chamados do empregador para a prestação de serviço. Assim, na prática, o empregado continua à disposição dos chamados patronais ainda que eles não venham a concretizar-se, preservando-se a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os seus efeitos jurídicos remuneratórios correlatos.

286

O trabalho intermitente coloca em questão também o alcance dos poderes patronais de direção e de aplicação de sanções. Sendo a prerrogativa de exigir a realização de trabalho uma premissa básica do poder diretivo, mostra-se difícil compatibilizar o conceito clássico dos poderes empregatícios e a possibilidade de o empregado recusar o chamado patronal para prestação de serviços (art. 452-A, §3º, CLT).

No contrato de trabalho intermitente, a onerosidade não é elemento essencial para a existência e continuação da relação de emprego. Isso porque inexistente a obrigação patronal de convocar o empregado para prestar serviços e, conseqüentemente, por inexistir trabalho, não há obrigação de pagamento da contraprestação pactuada.

Ainda é cedo para se estabelecer o impacto da normatização do trabalho intermitente no Brasil, em especial seus efeitos na redução da taxa de desemprego e no incremento da competitividade – resultados esperados pelo Poder Legislativo quando da edição da Reforma Trabalhista. No que tange ao trabalho intermitente, para além de questionamentos sobre a adequação do instituto aos princípios e normas do Direito do Trabalho,

a regulamentação genérica tende a dificultar sua utilização no mercado de trabalho, já que aumenta os riscos na utilização dessa modalidade contratual e não permite ao empregador mensurar, de forma precisa, os custos de sua utilização na dinâmica empresarial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica**. Revista Síntese. Ano XXIX, n. 346, abr., 2018.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: UM NOVO CONTRATO?**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, ano 84. n. 1, jan./mar, 2018.

BAGOLINI, Luigi. **Filosofia do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de Barros. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

CAMERA, Roberto. **Dottrina Per il Lavoro: veri ca delle giornate di Lavoro Intermittente**. 2016. Disponível em: < <http://www.dottrinalavoro.it/contratti-c/lavoro-intermittente-c/dottrina-per-il-lavoro-sono-utili-le-dimissioni->>.

CARVALHO, Augusto César Leite. **Direito do Trabalho: Curso e Discurso**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

_____. **Princípios de Direito do Trabalho: sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Borges. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” – Trabalho Fixo Descontínuo: a Nova Legislação e a Reforma da Reforma**. Revista LTr. vol. 82, n. 1, jan., 2018.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FERNANDES, Paulo Roberto. **A Figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado**. 2017. Disponível em <<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermittente-do-pl-no>

6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **O recolhimento previdenciário dos segurados empregados no trabalho intermitente**. 2018. Disponível em:< <https://www.migalhas.com.br/bencialhas/120,MI291564,110490+recolhimento+previdenciario+dos+segurados+empregados+no+contrato>>.

JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e Trabalho Intermitente: quebra de paradigma. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, n. 346, abr., 2018.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

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

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 51, jul./dez., 2017. pp. 127-147.

RELATÓRIO DA COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS. SENADO FEDERAL. 2017. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/reforma-trabalhista-paulo-paim.pdf>>.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1990.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, NEY; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Medida Provisória nº 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

VEYGA, Aloysio Correa. **Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente**. In: TUBINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coords.). A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2018.



APLICAÇÃO DO ARTIGO 223-G DA CLT NA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO: ANÁLISE PRELIMINAR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Rafael Niebuhr Maia de Oliveira¹

Daiane Cristina Hoinatz²

Resumo: Objetiva-se por meio de pesquisa qualitativa bibliográfica em doutrinas nacionais selecionadas e junto a decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 12ª Região, pelo método dedutivo-hipotético, abordar os aspectos gerais sobre a quantificação do dano moral, bem como investigar as fundamentações das decisões judiciais desse Tribunal nos casos em que o mérito da ação estiver relacionado ao dano moral decorrente da relação de emprego. Com isso, busca-se constatar se nas decisões judiciais estão sendo aplicadas as disposições da nova redação da Lei 13.467/2017, chamada de reforma trabalhista. A partir disso, verifica-se que as recentes decisões proferidas pelo do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região, no que concerne ao dano extrapatrimonial, seguem no sentido de aplicar as determinações incluídas pela Lei 13.467/2017, especialmente o artigo 223-G da referida norma, fundamentando-se suas decisões de acordo com a legislação atual, embora o façam com base em fundamentações pouco detalhadas sobre os motivos que lhes levaram a entender que determinado dano se configurava como leve, médio, grave ou gravíssimo, critério esse essencial para a quantificação do dano, segundo a nova legislação aplicável.

289

Palavras-chave: Dano Extrapatrimonial. Reforma Trabalhista. Responsabilidade Civil. Relação de Emprego.

1 Bacharel em Direito pela UNIFEFE – Brusque/SC; Especialista pela UNIDERP; Advogado. Professor do Centro Universitário de Brusque - UNIFEFE – Brusque/SC. Professor de Pós-Graduação (MBA) do Instituto Valor Humano, INPG Excelsu, UNIVALI e UNIFEFE. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário da UNIFEFE. rafaelmaiaadv@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela UNIFEFE – Brusque/SC. Advogada. daaihoinatz@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

É bastante comum que causas de pedir que versem sobre dano moral decorrente das relações de emprego estejam presentes em grande quantidade das reclamações trabalhistas. Nesse sentido, a Lei 13.467/2017 trouxe importante inovação, especificamente no capítulo sobre os danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.

O pioneirismo advindo dessa lei, que pela primeira vez indicou critérios para a configuração e quantificação dos danos dessa natureza no direito nacional faz com que se torne importante analisar as novas decisões, para verificar se essas têm atendido aos requisitos impostos pela legislação.

É nesse sentido que o presente artigo tem como finalidade identificar as fundamentações das decisões judiciais do TRT da 12ª região, nos casos em que o mérito da ação estiver relacionado ao dano moral decorrente de relação de emprego, para verificar se nas decisões judiciais estão sendo aplicadas as disposições da nova redação da Lei 13.467/2017, chamada de reforma trabalhista, especificamente o artigo 223-G da referida norma.

Para isso, o estudo pretende esclarecer questões relacionadas à responsabilidade civil em um âmbito geral, assim como demonstrar temas pertinentes ao dever de fundamentar as decisões judiciais, levando em consideração à garantia constitucional do devido processo legal. Por esse motivo, buscar-se-á nos votos dos precedentes selecionados, quais os reais motivos que interferem na valoração do dano moral, a fim de verificar se há uma tarifação velada do dano moral, ou caso não haja, quais os elementos que de fato contribuem para a majoração ou redução da indenização.

Desse modo, parte-se da hipótese que havendo norma reguladora para quantificar o dano moral, é necessário que ela seja observada, presumindo que a decisão pode ser anulada se carecer deste critério. De igual maneira, levando em conta a obrigação de fundamentação (artigo 489, II do CPC), é importante que tal critério seja observado em todas as decisões judiciais, o que se acredita que de fato ocorra no dia a dia dos Tribunais.

A pesquisa utilizará o método dedutivo-hipotético, monográfico, cuja técnica de pesquisa terá como destaque a pesquisa bibliográfica, com

o estudo do posicionamento doutrinário nacional, bem como da legislação pátria. Além desses, serão utilizadas também pesquisas na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, buscando conhecer o posicionamento recente desse órgão acerca do tema, especialmente quanto à modalidade do dano extrapatrimonial.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO DANO MORAL

No direito civil brasileiro, para que haja o dever de indenizar, é imprescindível que da conduta do agente tenha ocasionado dano a outrem. Uma das reparações civis elencadas no ordenamento jurídico brasileiro é aquela pertinente ao dano extrapatrimonial. Dentro deste gênero de danos, o dano moral é qualificado em razão da esfera subjetiva do agente, conforme leciona Bittar (1999, p.45):

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

291

Numa primeira classificação, em sentido próprio, o dano moral pode ser classificado como aquele que causa na pessoa dor, tristeza, sofrimento, angústia, o que se pode denominar dano moral *in natura*. Em sentido impróprio, o dano moral constitui em qualquer lesão aos direitos de personalidade da pessoa (TARTUCE, 2014, p. 409).

Para caracterizar o dano moral, alguns critérios devem ser observados, os quais, segundo Cavalieri Filho (2014, p. 111), estão relacionados à dor, ao vexame, ao sofrimento ou à humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Logo, denota-se que situações triviais que não resultem em danos pessoais, não terão o condão de gerar danos morais, pois se tratam de aborrecimentos inerentes às experiências cotidianas a que todos estão

sujeitos, conforme leciona Cavalieri Filho (2014, p. 111):

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Dessa forma, para caracterizar o dano moral, o magistrado deverá considerar a situação vivenciada pelo indivíduo, tendo como parâmetro a extensão do dano causado e o abalo psicológico sofrido, levando-se, ainda em consideração, que o mero dissabor, por si só, não poderá ser alçado ao patamar do dano moral.

Todavia, vale ressaltar que o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis, como dor ou sofrimento (V Jornada de Direito Civil, enunciado 445) (PINTO, 2012, p.445).

292

Assim sendo, como se percebe atualmente o dano moral não é mais restrito à dor, à tristeza e ao sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos. Por esse motivo é que, de forma abrangente, podemos defini-lo como sendo uma ofensa a um bem ou atributo da personalidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 108).

O dano moral ainda é classificado pela doutrina como direto e indireto. “O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contidos no direito de personalidade” (DINIZ, 2011, p. 110). Esses direitos são inerentes à vida, à integridade corporal e psíquica, bem como à liberdade, à honra, à intimidade, aos direitos afetivos, ao nome, à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a lesão que atingir a própria pessoa, a sua honra subjetiva (íntimo, autoestima) ou objetiva (diante da sociedade, repercussão social) será considerado como dano moral direto (TARTUCE, 2014, p. 41).

Em contrapartida, será considerado dano moral indireto quando provocado um prejuízo a qualquer interesse não patrimonial diante de uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Como exemplo, cita-se a perda de coisa com valor afetivo (DINIZ, 2011, p. 110).

No que tange a sua comprovação, é certo que, se o dano é lesão de um bem ou interesse tutelado, como regra, ele deverá ser provado por qualquer meio de prova em direito admitida. Todavia, a doutrina e a jurisprudência compreendem de outra maneira a prova do dano moral decorrente de ofensa grave, uma vez que essas ofensas, por si só, justificam a satisfação de uma ordem pecuniária ao lesado.

Assim, compreende-se que há danos morais que são presumidos, eles estão incluídos à própria conduta (*in re ipsa*), de modo que basta ao autor a alegação do dano, ficando a outra parte com o ônus de produzir provas em contrário, como exemplo, cita-se os danos sofridos pelos pais por decorrência dos filhos e vice-versa (CAHALI, 2011, p. 635).

No mesmo sentido demonstra Gonçalves (2014, p. 504):

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão [...].

293

Daí se pode concluir que os danos extrapatrimoniais são expressamente previstos no direito brasileiro, tendo o lesionado direito a sua reparação desde que comprovada conduta ilícita e culposa do ofensor, o dano moral – desde que não se trate de casos em que esse se mostra presumido pela própria situação vivenciada pela vítima – e, por fim, o nexo de causalidade entre ambas.

3 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO COM O ADVENTO DA LEI 13.467/17

Os danos de ordem moral no Direito do Trabalho tem como fato gerador a relação interpessoal dos agentes, quando, fundados em alguma ilegalidade, acabam por degradar a honra e o psicológico do outro. Assim, ao fazer a relação do referido instituto com as relações trabalhistas, nota-se que essas estão suscetíveis à superveniência de celeumas envolvendo prejuízos de

ordem moral, tanto por parte dos empregados quanto do empregador, uma vez que as relações trabalhistas estão estritamente sujeitas ao rapidamente mutável temperamento do ser humano quanto prestador ou explorador de serviços.

Desse modo, com base no sempre oscilante gênio do ser humano, verifica-se que o dano moral nas relações de emprego, por ser tema tão presente no dia a dia forense, ganhou especial atenção na nova legislação trabalhista.

Parte-se do pressuposto segundo o qual todo magistrado ao julgar procedente uma demanda que envolve responsabilidade civil decorrente de dano moral, seja ela de matriz trabalhista, ou não, depara-se com a mesma situação, qual seja a inexistência de previsão legal sobre o montante a ser arbitrado (RIZZARDO, 2011, p. 247).

294 Por esse motivo a doutrina tem se debruçado em listar alguns critérios que devem ser observados pelo magistrado ao estipular o montante da indenização. Para esse desiderato, o julgador deverá agir com equidade, analisando a extensão do dano, as condições socioeconômicas das partes, as condições psicológicas das partes, além de analisar o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima (TARTUCE, 2014, p. 430).

Porém, apesar do esforço doutrinário ser no sentido de construir regras minimamente objetivas nesse sentido, observa-se que na aplicação do *quantum* indenizatório magistrado acaba por se utilizar de critérios eminentemente subjetivos como a ponderação e moderação, considerando que na esfera legal não há parâmetros concretos de quantificação.

Em contrapartida a essa situação, com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, a indenização decorrente de dano extrapatrimonial ocasionado nas relações de emprego passou a ter critérios próprios, inclusive em relação ao montante que deverá ser arbitrado.

Nesse sentido é que o artigo 223-B da CLT apresenta que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação” (BRASIL, 1943). Com isso pode-se extrair que somente a pessoa física ou jurídica lesionada é quem será a titular

para pleitear uma indenização segundo as regras desse capítulo.

Todavia, em relação a essa taxatividade acerca da pessoa da vítima, nota-se que a norma não abrange as diversas situações existentes no âmbito do trabalho, uma vez que podem haver pretensões que seja de titularidade de pessoas físicas ligadas pelo vínculo afetivo, econômico àquela pessoa humana afrontada, como, por exemplo, a esposa(o), filha(o) da vítima (DELGADO, G. e DELGADO, N., 2017, p. 146).

Igualmente entende Santos (2018, p. 13):

Este artigo, além de trazer um conceito de dano moral, limita sua ocorrência apenas aos titulares do direito material à reparação, o que refoge à realidade dos fatos. Muitas vezes os titulares do dano não patrimonial ultrapassam a pessoa do trabalhador, para atingir seus familiares mais próximos, situação que não se confunde com o dano indireto ou por ricochete [...] a novel legislação deixou ao largo aspectos importantíssimos, como a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único do Código Civil) e o dano extrapatrimonial por ricochete, e a responsabilidade extrapatrimonial do empregador em relação aos acidentes de trabalho (arts. XXVIII; 109, I; e 201, §1º da CF/1988).

295

Além de demonstrar o conceito de dano extrapatrimonial, a norma traz na sequência nos seus artigos 223-C e 223-D da CLT os bens que serão juridicamente tutelados por este instituto, quais sejam:

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

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica (BRASIL, 1943).

Não obstante, o rol exposto nos artigos antes citados é apenas exemplificativo, o que se extrai mediante interpretação lógico-racional e sistemática utilizada pelo ordenamento jurídico, até porque o rol ali exposto deixa de fora inclusive algumas situações tuteladas pela própria Constituição, tal como etnia, cor e origem (DELGADO, G. e DELGADO, N., 2017, p. 146).

Assim, em havendo violação capaz de gerar dano extrapatrimonial no âmbito do emprego e presentes os demais requisitos ensejadores da

responsabilidade civil, nascerá em desfavor da pessoa causadora do dano o dever de indenizar a outra parte.

Evidenciado o abalo moral, o magistrado ao analisar esse tipo de pretensão, deverá se ater a outra novidade advinda com a Lei 13.467/17 que está relacionada à quantificação da indenização. Isso porque a referida norma agora demonstra os critérios que devem ser observados no arbitramento do valor, bem como os métodos que essa tarifação deve seguir.

Para tanto, antes de arbitrar o valor o magistrado deverá se ater aos critérios expostos no artigo 223-G, *caput*, da CLT, que dispõe:

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

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa (BRASIL, 1943).

Deste modo, os critérios elencados nesse artigo deverão ser considerados no momento da configuração do dano moral, bem como no momento do arbitramento do montante devido a título de indenização, até porque em respeito aos princípios da isonomia e da segurança jurídica é recomendável que a legislação demonstre critérios de modo a se evitar decisões contraditórias ou conflitantes (SANTOS, 2018, p. 20).

Além do mais, o que se percebe é que a norma distinguiu a aplicação do instituto civilista do dano moral em relação aos empregados, considerando que há nesta nova legislação significativas restrições da possibilidade e efetividade da busca pela reparação por danos morais

(AMORMINO, 2018).

O que não se pode negar é que, com a modificação da legislação trabalhista, o magistrado passou a ter parâmetros legais, diferentemente do que antes acontecia. Especificamente em relação à quantificação do dano moral, o artigo 223-G, §1º, da CLT dispõe que:

[...]

§ 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

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

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

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

IV- ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (BRASIL, 1943).

297

Importante frisar que, muito embora o legislador tenha fixado parâmetros, a Constituição da República afasta o critério de tarifação da indenização por dano moral, no seu artigo 5º, V, uma vez que menciona, enfaticamente, a noção de proporcionalidade. Deste modo, a interpretação lógica e sistemática desses dispositivos legais despreza o critério “absoluto” efetuado pela nova lei, servindo “[...] a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro para a fixação indenizatória pelo Magistrado, mas sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade” (DELGADO, G. e DELGADO, N., 2017, p. 146).

Em outras palavras, essa tarifação viola o inciso V do artigo 5º da Constituição Federal que demonstra a regra da proporcionalidade entre a lesão e o dano, bem como o princípio da isonomia e a dignidade da pessoa humana (AMORMINO, 2018).

Isso quer dizer que a limitação exposta no artigo citado é inconstitucional, “[...] visto que a lei jamais pode limitar a proteção ao direito à dignidade humana, devendo, portanto, imprimir a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana” (COSTA,

2018, p. 26).

Por se tratar de norma atual carente de posicionamento concreto acerca do assunto, o que se pode notar é que diferentemente do que ocorre no âmbito civil, o juiz trabalhista tem parâmetros legais para fixar a indenização decorrente do dano extrapatrimonial. Se a norma será aplicada, ou não, ainda é uma dúvida, todavia, diante da obrigação incumbida ao magistrado de apresentar suas motivações, presume-se que suas decisões estarão fundamentadas de acordo com os referidos artigos.

Semelhantemente, destaca Costa (2018, p. 28):

Observa-se que a questão da tarifação sempre foi algo questionável na esfera civil, e incluir essa quantificação do dano no âmbito da relação laboral torna ainda mais questionável a aplicação efetiva do disposto na nova lei, correndo-se o risco de não ser aplicada na esfera judicial. Tal situação levará ao que comumente acontece com outras normas jurídicas que, embora vigentes, tornam-se inaplicadas. Ainda não se sabe qual será a aceitação do Judiciário [...], razão pela qual essas questões aumentam a insegurança jurídica no âmbito das relações de emprego tanto para o empregador quanto para o empregado.

Todavia, é importante destacar que essa limitação não se aplica aos danos patrimoniais (dano emergente e lucro cessante), sendo restrita somente a danos de cunho extrapatrimoniais, tal como a norma demonstra.

Diante dessa insegurança jurídica, o próximo item analisará de que modo o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, competente a analisar as causas envolvendo relações de emprego no âmbito de Santa Catarina, vem interpretando as novidades legislativas introduzidas pelo novo art. 223-G da CLT.

4 ESTUDO DE PRECEDENTES DO TRT DA 12ª REGIÃO

O presente estudo tem como finalidade verificar as fundamentações utilizadas nas decisões proferidas pelos membros das câmaras julgadoras do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região acerca do dano extrapatrimonial, exposto atualmente pelo artigo 223-G e seguintes da Lei 13.467/17 (reforma trabalhista). Para tanto, fora realizada pesquisa no *site* do TRT12, no ícone pesquisa de jurisprudência com a seguinte expressão:

“art. 223-G”. Como parâmetro da busca, a data inicial indicada foi o dia 11-11-2017, data esta que entrou em vigor a Lei 13.467/17 e, data final o dia 19-10-2018.

Tal pesquisa foi desempenhada em todas as câmaras julgadoras do TRT12 (câmara 1ª, 3ª, 4ª, 5ª e 6ª) e como resultado foram obtidos 44 processos/decisões contendo a expressão “art. 223-G”.

Destes 44 processos, 13 decisões foram proferidas pela 1ª câmara julgadora. Dentre essas 13, sete decisões continham a expressão citada, mas sem pronunciamento sobre o dano moral com a reforma trabalhista, considerando que os julgadores entenderam não ser aplicada a Lei 13.467/2017, pois o fato ocorreu anteriormente à entrada em vigor da norma. Portanto, as referidas decisões não serão objetos de análise neste trabalho.

Ainda na mesma câmara, obteve-se uma decisão acerca da medida provisória que vigorou logo após a entrada da Lei 13.467/2017, mas que não será objeto de análise neste trabalho por não estar mais vigente.

299

Finalmente, foi possível obter da 1ª câmara julgadora cinco decisões passíveis de estudo, considerando que essas fizeram a análise do caso prático acerca da possibilidade de fixação e dano extrapatrimonial, sob a égide da Lei 13.467/2017, as quais serão abordadas no próximo item deste trabalho.

Já, na 3ª câmara julgadora, foram encontradas seis decisões, dos 31 processos remanescentes. Dessas seis, cinco decisões continham a expressão citada, no entanto sem manifestação acerca do dano extrapatrimonial, uma vez que os julgadores entenderam por não aplicar a Lei 13.467/2017, na medida em que as ações foram propostas anteriormente a vigência da referida norma. Diante disso, essas não serão analisadas neste trabalho.

Desse modo, pôde-se verificar uma decisão proferida pela 3ª câmara que abordou a respeito da nova legislação trabalhista, especificamente o artigo 223-G da CLT, a qual será discutida nos próximos subcapítulos.

Consequente, dos 25 processos remanescentes, 11 decisões foram encontradas na 4ª câmara julgadora. Dessas 11, três decisões continham a expressão analisada, todavia sem manifestação acerca do mérito, uma vez que a câmara julgadora entendeu por não aplicar a Lei 13.467/2017,

na medida em que as ações foram propostas anteriormente a vigência da referida norma. Portanto, essas também não serão analisadas neste trabalho.

Ainda, quatro decisões também continham a expressão pesquisada, no entanto não detinham ligação com danos extrapatrimoniais, mas sim com questões relacionadas a honorários advocatícios, não sendo, portanto, objeto de análise deste trabalho.

Além disso, encontrou-se uma decisão se manifestando sobre a medida provisória que vigorou logo após a entrada da Lei 13.467/2017, mas que também não será objeto de análise deste estudo, por não estar mais vigente.

Apesar disso, na 4ª câmara julgadora, pôde-se obter duas decisões que abordaram a nova legislação trabalhista, especificamente o artigo 223-G da CLT, as quais por conta de seu conteúdo serão analisadas nos próximos subcapítulos.

Na 5ª câmara julgadora foram encontradas quatro decisões dos 14 processos restantes, porém, apesar de todas as decisões ali encontradas incluírem a expressão analisada, elas não serão analisadas neste trabalho, considerando que nenhuma dispôs acerca de danos extrapatrimoniais, uma vez que os julgadores entenderam por não aplicar a Lei 13.467/2017, considerando que as ações foram propostas em data anterior à vigência da referida norma.

Por derradeiro, 10 decisões foram encontradas na 6ª câmara julgadora. Dessas 10, sete decisões continham a expressão pesquisada, todavia, sem manifestação acerca do dano extrapatrimonial, uma vez que o órgão julgador não aplicou a Lei 13.467/2017, visto que as demandas foram propostas anteriormente à vigência da citada norma, assim, também não serão objeto de análise neste trabalho.

Ainda, uma decisão continha a expressão pesquisada, todavia não estava relacionada com danos extrapatrimoniais, mas, sim, com questões sobre honorários advocatícios, não sendo, portanto, objeto de análise deste trabalho.

Em relação às remanescentes, quais sejam duas decisões, os julgadores também não se manifestaram acerca do dano extrapatrimonial,

especificadamente o art. 223-G, motivo pelo qual não serão analisados nesta pesquisa.

Dessa maneira, nos próximos subcapítulos deste trabalho serão analisadas aquelas decisões que a câmara julgadora apresentou manifestação sobre o artigo 223-G da Lei 13.467/17.

4.1 Estudo de precedentes da 1ª Câmara do TRT da 12ª Região

Na 1ª câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região foram encontradas cinco decisões cujas manifestações abordaram, ainda que de forma sucinta, acerca do dano extrapatrimonial, presente atualmente no artigo 223-G e seguintes da Lei 13.467/17 (reforma trabalhista).

Em relação ao primeiro caso, cuja ementa segue abaixo, no que tange ao dano moral, a empresa reclamada apresentou o pleito com o fim de descaracterizar o dano moral gerado por um acidente de trabalho sofrido pelo reclamante, bem como alcançar a minoração do valor fixado a título de indenização pelo juízo de primeiro grau, qual seja, 0dois salários do reclamante.

301

DANO MORAL. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. O valor arbitrado a título de indenização por danos morais deve levar em conta a intensidade do dano causado, a capacidade econômica do ofensor e o caráter pedagógico da reparação (TRT12 - RO - 0000851-16.2017.5.12.0024 , Rel. HELIO BASTIDA LOPES , 1ª Câmara , Data de Assinatura: 10/08/2018).

Em suas razões, a reclamada argumentou, em síntese, que, para haver a configuração do direito à indenização por danos morais, é necessária a demonstração do fato, do dano, da culpa e do nexo de causalidade entre eles, sustentou que tais requisitos não estavam presentes no caso. Subsidiariamente, requereu a minoração da indenização fixada.

Ao analisar o recurso, os membros julgadores reconheceram a comprovação do dano moral, considerando que houve a demonstração do acidente de trabalho ocasionado por típica culpa da empregadora e os demais critérios ensejadores da responsabilidade civil.

Subsequente, em relação ao montante fixado pelo juízo de origem, entenderam por bem manter o valor arbitrado, levando em consideração

que a fundamentação apresentada estava de acordo com a nova legislação trabalhista.

Além disso, entenderam que a lesão sofrida em decorrência do acidente de trabalho foi de natureza leve e, portanto, a decisão de primeira instância observou os parâmetros fixados pelo §1º do artigo 223-G da CLT. Ponderaram ainda que o valor fixado estava em consonância com a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento da parte autora e a extensão do dano.

No segundo caso, a seguir ementado, em relação ao dano moral, a empresa reclamada insurgiu pela minoração do valor arbitrado a título de indenização pelo juízo de origem, no importe de R\$ 37.448,00 (trinta e sete mil quatrocentos e quarenta e oito reais), correspondentes a 30 vezes o salário básico da autora na data de seu desligamento, devido à moléstia que acometeu a empregada (síndrome do túnel do carpo bilateral), por conta das tarefas realizadas na empresa reclamada.

302

LAUDO PERICIAL. PROVA TÉCNICA. A perícia é prova técnica e sua conclusão merece ser afastada somente quando presentes nos autos outros elementos diversos e mais convincentes (art. 479 do NCPC) (TRT12 - RO - 0010914-10.2015.5.12.0012, Rel. VIVIANE COLUCCI, 1ª Câmara, Data de Assinatura: 29/08/2018).

Em seus fundamentos a empregadora sustentou que a reclamante não faria jus ao dano à moral, uma vez que não houve ato ilícito ou culpa da empregadora (reclamada), tampouco nexos causais. Além disso, sustentou que o dano fora de grau leve e não gravíssimo como entendeu o juízo *a quo*, o que tornaria o valor fixado a título de indenização por dano moral superior ao parâmetro apontado pelo artigo 223-G da CLT.

Analisando os fundamentos, os julgadores entenderam que houve o dever de indenizar por parte da empregadora, considerando que se fez presente o dano, o nexo de causalidade, bem como a culpa patronal. Ademais, reconheceram o dano moral por conta da lesão à integridade física da empregadora e que, por esse motivo, o dano ali presente é presumido, não necessitando da prova do prejuízo extrapatrimonial (*in re ipsa*).

Quanto ao valor arbitrado, compreenderam que a lesão sofrida

pela reclamante não foi de grau leve, tal como a reclamada alegou, logo, prevaleceu o valor arbitrado pelo magistrado de origem. Ponderaram ainda que o mesmo seguiu a razoabilidade e a proporcionalidade no momento da fixação.

No terceiro caso, RO 52-40.2018.5.12.0055, no juízo de origem fora fixado indenização de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em relação ao assédio sexual sofrido pela empregada. A empresa reclamada recorreu no sentido de minorar o valor arbitrado e, em contrapartida, a reclamante em sede de recurso adesivo pugnou pela majoração do valor outrora fixado.

Os julgadores negaram ambos os recursos, explanando em sua decisão que o montante arbitrado a título de danos morais levou em consideração o caráter compensatório para a vítima e a punição do agente, bem como ponderou a extensão do dano.

Além disso, afirmaram que cada fixação deve ser observada pelo princípio da proporcionalidade, tal como decidido pelo magistrado de origem. Ademais, afirmaram que por tais razões o valor arbitrado seguiu o disposto no artigo 223-G da CLT.

303

No quarto caso, cuja ementa segue, a empresa reclamada buscou a redução da indenização por danos morais, em decorrência de acidente de trabalho sofrido pela empregada, fixada em R\$ 3.000,00 (três mil reais) pelo magistrado da primeira instância. De outro lado, a parte reclamante pugnou pela majoração do valor arbitrado.

ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR. Como sedimentado pela jurisprudência, para que se caracterize o dever de indenizar, sob a ótica da responsabilidade civil subjetiva, é necessária a produção de prova acerca do ato ilícito do empregador, do dano patrimonial ou extrapatrimonial ao empregado e do nexo causal entre ambos. Assim, existindo a correlação desses elementos, há o dever de indenizar (TRT12 - RO - 0002234-65.2017.5.12.0012, Rel. HELIO BASTIDA LOPES, 1ª Câmara, Data de Assinatura: 10/09/2018).

Diante dos argumentos apresentados, os julgadores entenderam por manter a sentença da origem, sob o fundamento de que o valor arbitrado foi proporcional ao dano, além de que o montante fixado correspondente a

cinco salários da reclamante é compatível com a ofensa de natureza média sofrida pela reclamante, tal como demonstra o artigo 223-G, § 1º, II, da CLT.

Já no quinto e último caso a ser analisado nesta câmara julgadora, no que concerne ao dano moral, o juiz *a quo* arbitrou indenização no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), considerando que a empresa ré deixou de pagar os salários da autora, não a reintegrou e não a dispensou do emprego.

ALTA PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTO DE SALÁRIOS APÓS A CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO. Comprovado o retorno da parte autora ao labor após a alta previdenciária, a empresa, em não concordando com a determinação do INSS, deve recorrer a esta autarquia previdenciária questionando a decisão, ocasião em que poderá escolher entre o afastar o empregado de suas atividades (com pagamento de salários) ou readaptá-lo em outras funções, mas nunca deixar de pagar os salários do período (TRT12 - RO - 0001489-46.2017.5.12.0025, Rel. NARBAL ANTONIO DE MENDONCA FILETI, 1ª Câmara, Data de Assinatura: 26/09/2018).

304

Por conta disso, a reclamada, em suas razões, sustentou que não houve abalo à moral da reclamante, requereu que fosse eximida da indenização ou, subsidiariamente, a minoração do valor fixado. Os julgadores entenderam que a culpa da empresa foi presumida, considerando que desrespeitou as obrigações contratuais ensejadas por sua atitude abusiva, por isso entenderam ser presumido e inegável o direito à reparação (dano moral *in re ipsa*).

Além disso, demonstraram que o dano sofrido restou moldado nos artigos 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e artigos 186, 927 e 950 do CC, sendo cabível a compensação pecuniária pelo reclamante.

Já em relação ao *quantum*, elencaram que a taxação agora existente no campo trabalhista, vinda com a Lei nº 13.467/17 seria aplicável ao caso, considerando que a sentença foi publicada após a vigência da mencionada lei. Todavia, reconheceram que o magistrado sentenciante teria arbitrado a indenização em R\$ 3.000,00, sem aplicar os parâmetros definidos no artigo 223-G, § 1º, da CLT, acrescido pela “Reforma Trabalhista”.

Contudo, apesar de o juízo de origem não aplicar referida norma, entenderam estar correta a mensuração da indenização, não alterando

a sentença neste ponto, já que a decisão observou a natureza do bem, a intensidade do sofrimento da empregada, os reflexos pessoais e sociais da omissão da ré, a extensão e duração do período em que a autora ficou sem receber salários e sua situação econômica, sem, contudo, adentrar na questão de in(constitucionalidade) do artigo 223-G.

4.2 Estudo de precedentes da 3ª Câmara do TRT da 12ª Região

Na 3ª câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região foi encontrada uma decisão cujas manifestações abordaram, ainda que de forma sucinta, acerca da nova legislação trabalhista no que concerne ao dano moral, especificadamente o artigo 223-G da CLT, a qual abaixo será demonstrada.

Em relação à indenização por danos morais, o empregado reclamante recorreu da sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau, tendo em vista que esse julgou improcedente sua demanda de pleito indenizatório decorrente de acidente de trabalho, segue abaixo a ementa.

ACIDENTE DO TRABALHO. PENSÃO MENSAL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. Ficando demonstrada a presença do nexo de causalidade entre o acidente ocorrido durante o trabalho e o dano sofrido pelo empregado, com perda da capacidade laborativa, assim como a culpa do empregador, torna-se necessária a reparação pelos danos morais e materiais daí advindos, na escorreita exegese do art. 7º, inc. XXVIII, da CF c/c os arts. 186 e 950 do CC (TRT12 - RO - 0011872-54.2015.5.12.0025 , Rel. ROSANA BASILONE LEITE , 3ª Câmara , Data de Assinatura: 04/07/2018).

305

Sustentou, em suas razões, que a responsabilidade da empregadora seria de natureza objetiva, devendo desse modo, apenas demonstrar o dano e o nexo de causalidade. Assim, havendo a responsabilidade da reclamada, requereu, dentre outros, indenização por danos morais.

Diante disso, os julgadores esclareceram que a pretensão indenizatória por acidente de trabalho tem como embasamento a natureza subjetiva, ou seja, deve-se demonstrar a culpa do empregador. Apresentaram como fundamento o artigo 7º, XXVIII, da CF/1988 e os artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil.

No entanto, diante das provas apresentadas nos autos, os julgadores

entenderam que houve culpa da empregadora, pois ela não adotou medidas necessárias a diminuir os riscos de acidente de trabalho.

Consubstanciado a isso, em relação ao montante indenizatório, afirmaram que com base nas novas diretrizes previstas no artigo 223-G da CLT e diante da gravidade do acidente, do sofrimento causado e da perda de capacidade laborativa, a quantia de 20 (vinte) salários do autor (natureza grave), equivalente a aproximadamente R\$ 30.000,00 seria o valor ideal aplicado ao caso.

4.3 Estudo de precedentes da 4ª Câmara do TRT da 12ª Região

Na 4ª câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região foram encontradas duas decisões cujas manifestações abordaram, ainda que de forma sucinta, dentre outras, acerca da nova legislação trabalhista no que concerne ao dano moral, especificadamente o artigo 223-G da CLT, as quais na sequência serão demonstradas.

306

No primeiro caso a ser analisado da 4ª turma julgadora, cuja ementa segue, com relação à indenização por dano moral, o magistrado de origem arbitrou o montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), reconhecendo que a empregada sofria rigor excessivo nas cobranças de metas (assédio moral).

CONTRADITA. TESTEMUNHA. AÇÃO CONTRA A MESMA RECLAMADA. REJEIÇÃO. O direito de ação é assegurado na Constituição da República e o seu exercício, por si só, não torna o depoente suspeito. Até mesmo porque, se assim o fosse, estar-se-ia atentando contra o princípio da boa-fé, ao supor que os indivíduos que postulam contra a mesma empresa estariam fazendo troca de favores nos depoimentos. Esse é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 357 do e. TST, segundo o qual “Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador” (TRT12 - RO - 0002714-33.2016.5.12.0059 , Rel. GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE , 4ª Câmara , Data de Assinatura: 01/10/2018).

Nesse ponto, a empresa reclamada recorreu argumentando que não houve assédio moral, requerendo a exclusão de sua responsabilidade, bem como a minoração do valor arbitrado, sob fundamento do artigo 223-G da CLT e, sobretudo, porque a empregada não comprovou o dano.

Em sua decisão, os julgadores asseveraram que para haver a indenização por assédio moral se faz necessário a comprovação da conduta excessiva da empregadora. Para tanto, afirmaram que, em análise ao conjunto probatório dos autos a postura excessiva da empregadora restou comprovada, correta, portanto, a decisão do juízo de origem.

Ainda, em análise ao pleito de minoração do valor arbitrado, explanaram que a fixação do *quantum* fica a critério do julgador, mas que alguns parâmetros devem ser observados, como a situação econômica do ofendido e do ofensor, o grau de culpa do agente, a relevância do direito lesado e a gravidade do dano.

Nessa toada, entenderam ser razoável minorar o valor arbitrado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acatando nesta parte a insurgência da reclamada, pelos critérios citados, sem, contudo, indicar expressamente o texto legal (artigo 223-G da CLT).

Já, no segundo caso, RO 33-52.2018.5.12.0049, em relação ao dano moral, o pleito recursal foi da empregada reclamante, uma vez que pretendeu a reforma da sentença de primeiro grau para que fosse a reclamada compelida a efetuar o pagamento de dano moral em razão do não pagamento de valores integrais na data da rescisão do contrato, ocorrida no fim do ano, quando planejava comprar presentes e aproveitar as festividades da época. Pediu a condenação do dano moral em grau leve, conforme parâmetro estabelecido pelo artigo 223-G, I, da CLT.

307

Em análise a insurgência, os membros julgadores entenderam que a falta de depósito dos valores referentes ao FGTS não enseja, por si só, dano moral indenizável, ainda que de natureza leve (artigo 223, §1º, I), mantendo nesse ponto, a sentença proferida pelo magistrado *a quo*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que se pode concluir com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), o juiz trabalhista passou a ter maior embasamento legal para fundamentar decisões que tratem de dano extrapatrimonial ocasionado na relação de emprego. Isso porque o legislador dedicou um título inteiro para tratar sobre o dano extrapatrimonial.

Diante da análise realizada nas decisões das câmaras julgadoras do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região, pôde-se perceber de forma geral que, apesar de ser um assunto relativamente atual, as primeiras manifestações acerca do art. 223-G da CLT são no sentido de aplicar a “reforma trabalhista”.

Assim, o que se percebeu é que, em suas decisões, os julgadores ponderaram além do art. 223-G da CLT os critérios apontados pela doutrina ao quantificar a indenização decorrente de dano extrapatrimonial, tal como a razoabilidade e a proporcionalidade.

Além disso, o que se notou é a ausência de pronunciamento sobre a in(constitucionalidade) da norma estudada (art. 223-G da CLT) pelas câmaras julgadoras, a qual é vista por parte da doutrina como inconstitucional, tal como já abordado.

No mesmo sentido, é possível notar que todas as decisões recorridas que efetivamente citaram o art. 223-G foram confirmadas por todas as câmaras julgadoras, o que significa que o Tribunal de fato está aplicando referida norma e, que os magistrados da primeira instância estão aplicando e seguindo o disposto pela nova legislação.

308

Em relação a possíveis divergências entre as câmaras julgadoras, neste primeiro momento, tendo como base as decisões proferidas até a data de 19/10/2018, é visível que não há contradições entre elas, visto que todas estão apresentando em suas fundamentações o art. 223-G da CLT nos casos envolvendo indenização por dano extrapatrimonial, bem como não há até o momento diferenças concretas e exorbitantes em relação aos valores fixados.

Diante do exposto, é possível notar que todas as decisões analisadas apresentaram em sua fundamentação manifestações acerca do art. 223-G da CLT, algumas de forma sucinta outras mais demasiadas, as quais na sequência serão citadas.

Dessa maneira, o que se pode, neste momento perceber, é que a 1ª câmara julgadora tem aplicado como indenização em decorrência de dano extrapatrimonial de natureza leve o valor correspondente a 02 (dois) salários do ofendido.

Ainda, verifica-se que a 1ª câmara está aplicando ao dano de

natureza média uma indenização correspondente a 05 (cinco) salários do ofendido. Além disso, na mesma câmara julgadora é possível verificar que o dano de natureza gravíssima está sendo quantificado com uma indenização correspondente a 30 (trinta) salários do ofendido. Por fim, com relação ao dano de natureza grave, percebe-se que a 3ª câmara julgadora está aplicando uma indenização no montante de 20 (vinte) salários do ofendido.

Portanto, apesar das dúvidas em relação à aplicação, ou não, do art. 223-G, inserido pela Lei 13.467/2017, é possível notar que o Tribunal de Justiça da 12ª Região está seguindo aos parâmetros ali expostos, tanto na parte da tarifação, quanto aos critérios expostos na norma, seguindo desse modo o exposto pelo artigo 489, II, do Código de Processo Civil, considerando que, em suas decisões, apresentam a fundamentação aplicada no caso concreto.

Por fim, não se olvida que, embora citem o dispositivo legal antes mencionado, os julgados se omitem no que tange à fundamentação acerca dos motivos que os levaram a concluir que determinado dano atingiu a gravidade leve, média, grave ou gravíssima, demonstrando que ainda há espaço para que as decisões se tornem melhor fundamentadas, concretizando assim o direito constitucional previsto no art. 93, IX, permitindo aos jurisdicionados que compreendam o porquê da classificação da gravidade do dano sofrido.

Desta forma, confirmou-se, mesmo que de forma parcial, a hipótese arguida na introdução deste trabalho, de forma que, embora se tenha verificado que as primeiras decisões proferidas pelo TRT12 após a reforma trabalhista sejam no sentido de fundamentar a quantificação do dano extrapatrimonial de acordo com a nova legislação (art. 223-G da CLT), essa ocorre de modo muito incipiente, no sentido de que em todos os julgados pesquisados, em nenhum deles os desembargadores explicam, ainda que de forma sucinta, as razões que lhe fizeram classificar aquele dano como leve, médio, grave ou gravíssimo, o que, em última análise, gera certa omissão na decisão por impedir que os jurisdicionados entendam os fundamentos dessa parte relevante da sentença, já que norteia o valor a ser aplicado.

REFERÊNCIAS

- AMORMINO, Tatiana Costa de Figueiredo. **Inconstitucionalidade da Tarificação do Dano Moral Promovida pela Reforma Trabalhista**. Conteúdo jurídico, 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,inconstitucionalidade-da-tarifacao-do-dano-moral-promovida-pela-reforma-trabalhista,590272.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.
- _____. **Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1963**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- _____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COSTA, Débora Ferraz da. “Do Dano Extrapatrimonial”: a questão do arbitramento dos danos morais. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 29, n. 344, p. 21-35, fev. 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1. ed. São Paulo : LTr, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil sistematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Recurso Ordinário nº 0011872-54.2015.5.12.0025, j. 4 de julho de 2018**. Relatora: Rosana Basilone Leite. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:6301006>. Acesso em: 19 out. 2018.
- _____. _____. **Recurso Ordinário nº 33-52.2018.5.12.0049**. Relator Irno Ilmar Resener , j. 02 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/busca/>

acordaos/acordao_hit?&q=id:7255521>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. _____. **Recurso Ordinário nº 0010914-10.2015.5.12.0012, j. 10 de agosto de 2018.** Relator: Helio Bastida Lopes. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:7828960>. Acesso em: 19 outubro 2018.

_____. _____. **Recurso Ordinário nº 0000851-16.2017.5.12.0024.** Relator: Helio Bastida Lopes, j. 10 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:7741608>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. _____. **Recurso ordinário nº 0000052-40.2018.5.12.0055.** Relator Helio Bastida Lopes, j. 10 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:7741608>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. _____. **Recurso Ordinário nº 0002234-65.2017.5.12.0012, j. 10 de setembro de 2018.** Relator: Helio Bastida Lopes. Disponível em <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:7560187>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. _____. **Recurso Ordinário nº 0001489-46.2017.5.12.0025, j. 26 de setembro de 2018.** Relator: Narbal Antônio de Mendonça Fileti. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:8085140>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. _____. **Recurso Ordinário nº 0002714-33.2016.5.12.0059, j. 11 de outubro de 2018.** Relator: Gracio Ricardo Barboza Petrone. Disponível em <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:7763164>. Acesso em: 19 out. 2018.

311

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Dano Extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista, após o advento da Medida Provisória nº 808/2017. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 29, n. 344, p. 9-20, fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.



O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA REFORMA TRABALHISTA

Suzéte da Silva Reis¹

Tainá Tavares²

Resumo: O presente trabalho propõe-se a analisar as alterações introduzidas pela Lei 13.467, de 11 de novembro de 2017, que promoveu a reforma trabalhista, no que pertine ao princípio do amplo acesso à justiça. Para responder ao problema de pesquisa sobre quais foram as principais mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017 que afetaram diretamente o princípio constitucional do acesso à justiça, adotou-se o método de abordagem dedutivo e como técnica a pesquisa bibliográfica recente e relevante acerca da temática. A pesquisa engloba a definição e um breve histórico do princípio com assento constitucional em tela, bem como aponta os dispositivos que sofreram alterações a partir da reforma trabalhista. Em suma, pode-se afirmar que a reforma fere radicalmente a Constituição Federal em vários aspectos e objetiva retroceder, deixando o trabalhador em uma situação de maior vulnerabilidade.

313

Palavras-chave: Acesso à justiça. Constituição Federal. Reforma trabalhista. Retrocesso.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista introduzida no ordenamento jurídico pela Lei 13.467, de 11 de novembro de 2017, alterou substancialmente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), instituída por meio do Decreto-lei 5.452, de 1943, com importantes implicações nas relações de trabalho e

1 Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – e da Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos “Relações de Trabalho na contemporaneidade”, ligado ao PPGDireito – UNISC. sreis@unisc.br.

2 Graduanda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Estudos “Relações de Trabalho na contemporaneidade”, ligado ao PPGDireito – UNISC. taitav87@gmail.com.

emprego, tanto no direito material quanto no direito processual do trabalho.

O presente estudo versa sobre os impactos provocados pela Reforma Trabalhista no que pertine ao princípio do amplo acesso à justiça, que é garantia constitucional e que foi diretamente afetado. A mitigação da garantia de acesso à justiça, conforme disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, afeta diretamente os direitos fundamentais e o pleno exercício da cidadania.

Necessário e oportuno enfatizar que a Lei 13.467/2017, fora concebida em momento de crise econômica, política, institucional e moral sem precedentes no Brasil, com a promessa de alavancar a geração de emprego. Entretanto, não foi o que se constatou.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar as alterações introduzidas na CLT pela Lei 13.467/2017, em consonância com princípio do amplo acesso à justiça, previsto na Constituição Federal, demonstrando se houve, ou não, restrição ao acesso à justiça ou retrocesso quanto aos direitos trabalhistas já consolidados no ordenamento pátrio.

314

Diante desse contexto, o estudo justifica-se pela atualidade do tema, pelos impactos que provocaram na esfera dos direitos dos trabalhadores, quer no aspecto material ou processual, e também pelos debates que o assunto suscitou nos meios jurídicos e acadêmicos.

No presente trabalho utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica em obras recentes que abordam a temática, bem como a realização de levantamentos de *sites* oficiais, como o do portal de periódicos do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais da 4ª, 5ª, 9ª e 12ª Região.

Inicialmente, a análise recaiu sobre o princípio do amplo acesso à justiça, estabelecendo-se um comparativo da Reforma Trabalhista, implementada pela Lei 13.467/2017, com a Constituição Federal. De modo geral serão apresentados, de forma mais genérica e apenas para debater sobre os motivos que ensejaram a presente alteração, bem como alguns tópicos que se mostram dissociados das normas estampadas na Constituição Federal.

No segundo momento, analisou-se, sob o enfoque processual, o entendimento da corrente minoritária que vislumbra aspectos positivos

da lei em prol do reclamado, tais como: adiamento da audiência quando o Juiz aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova; da desnecessidade do preposto ser empregado da reclamada; da mitigação dos efeitos da revelia; da possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita ao reclamado e da arbitragem. Ressalta-se que a inclusão de tal item se justifica pela necessidade de compreender os argumentos utilizados e que contribuíram para a aprovação da referida reforma.

Por fim, na parte final, abordou-se as inovações que podem restringir o acesso à justiça por parte do trabalhador, sendo que, para exame no presente estudo, por sua singular relevância, elencou-se o que segue: a restrição da independência interpretativa dos tribunais por meio da vedação de súmulas instituidoras de direitos; a redução do intervalo intrajornada por meio de negociação por norma coletiva de trabalho; o estabelecimento de limites para a concessão do benefício da justiça gratuita; da instituição da sucumbência recíproca e do pagamento de despesas processuais como pressuposto ao ajuizamento de nova ação.

2 DOS DISPOSITIVOS QUE AMPLIAM O ACESSO À JUSTIÇA PELA RECLAMADA

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que promoveu a chamada Reforma Trabalhista ampliou o acesso à justiça pelo reclamado em vários aspectos, destacando-se a desnecessidade do preposto ser empregado da reclamada; a mitigação dos efeitos da revelia e a arbitragem. Tais alterações alcançaram o processo do trabalho e provocaram reflexões acerca da sua aplicabilidade e dos seus efeitos.

2.1 Desnecessidade do preposto ser empregado da reclamada

É consabido que no processo do trabalho se exige a presença pessoal das partes na audiência permitido que a empresa se faça substituir por seu gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato (MACHADO, 2017, p. 210).

Sendo assim, antes da Reforma Trabalhista, a ausência do preposto, ensejava à revelia e, por via de consequência, o juiz decretava a confissão ficta

a respeito dos fatos (DELGADO, M. G; DELGADO, G. N, 2017, p. 342).

A jurisprudência trabalhista, anterior a reforma, apresentava entendimento de que o preposto tinha que ostentar a qualidade de empregado do reclamado, salvo empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, sob pena da incidência da revelia e da confissão ficta, consoante o previsto no art. 844 da CLT (LEITE, 2018, p. 678).

No tocante à ausência do preposto em audiência, a partir da nova lei não há falar mais em revelia, uma vez que a Reforma Trabalhista não lhe atribui tal qualificação (PIRES; BARBOSA, 2017, p. 406).

Nesse sentido, cabe ressaltar os argumentos dos doutrinadores que defendem que o preposto, que representa a reclamada em audiência, prescinde da condição de empregado, destacam-se: falta de previsão legal; obstacularização do acesso à justiça do empregador, quando este não dispõe de empregado em condições de representá-lo em audiência e, por fim, o risco exclusivo do empregador em nomear preposto que não possua conhecimento dos fatos (SCHIAVI, 2018, p. 627).

316

Além disso, qualquer empresa que esteja sendo demandada, ou seja, não somente as micro ou pequenas empresas, poderão ser representadas em audiências por preposto que não seja seu empregado, fator que efetivamente contribui para a ampliação ao acesso à justiça, uma vez que essas não serão mais penalizadas com a revelia, seja por não conseguir deslocar empregado, especialmente quando a audiência a ser realizada se situa em Estado diverso da prestação de serviço, seja por não ter número suficiente de trabalhadores para se fazer representada em audiência (SILVA, 2018).

Atualmente, o preposto pode conciliar e prestar depoimento pessoal perante o Juiz do Trabalho, bastando apenas ter conhecimento dos fatos. Ressalte-se, ainda, que o conhecimento dos fatos não deve se dar por meio de leitura dos autos do processo, pois estaria em desacordo com o artigo 843, § 1º, da CLT (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017, p. 95).

Sobre a temática em tela, oportuno enfatizar que essa alteração ensinará a formação de prepostos profissionais, muitas vezes com formação jurídica, que permanecerão nas dependências do fórum a fim de colocar seus serviços a quem precisar, conduzindo o interrogatório de forma

astuta e esquiva perante o Magistrado e como consequência lógica disso, a possibilidade de o reclamante obter a confissão real do reclamado se torna praticamente nula nos processos pós- Reforma Trabalhista (MACHADO, 2017, p.212).

A partir dessas premissas, na sequência analisar-se-á a mitigação dos efeitos da revelia e as suas consequências no âmbito das ações judiciais trabalhistas.

2.2 A mitigação dos efeitos da revelia

A revelia, que é a ausência do reclamado na audiência, tem como principal efeito a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial (TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 166-167).

A Lei 13.467/2017 acrescentou o § 4º no art. 844, o qual estabelece quatro situações em que não serão aplicados os efeitos da revelia, quais sejam: I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos (BRASIL, 2017).

Acerca da temática atinente às exceções introduzidas pelos artigos 844, § 4º, da Lei n. 13.467/17, chama-se à atenção para um aspecto relevante: o propósito nítido do legislador, com as exceções referidas, foi o de proteger o empregador revel em uma reclamatória trabalhista. Alerta, ainda, para o fato de que direitos indisponíveis são os do trabalhador; não os do reclamado (SOUTO MAIOR, 2017, p. 206).

Por direito indisponível, entende-se como aqueles em que o titular não é livre de manifestar a sua vontade, sendo intransmissível, tais como direitos da personalidade do trabalhador, os difusos, os coletivos e os relacionados com as normas de medicina, segurança e meio ambiente do trabalho (SCHIAVI, 2018, p. 647).

Ressalte-se que, pela legislação anterior, a ausência do réu em audiência trabalhista dispensava a produção de provas pelo autor, já que o

feito era julgado antecipadamente sem a análise da defesa, mesmo quando essa era apresentada tempestivamente (DAMASCENO, 2018).

O dispositivo em análise ampliou o acesso à justiça ao empregador, pois mesmo que a parte não consiga estar presente na audiência, o seu advogado pode juntar a defesa e os documentos, afastando, inclusive, a possibilidade do julgamento antecipado do feito (SILVA, 2018).

Além disso, o Juiz do trabalho não aplicará os efeitos da revelia quando as alegações da inicial forem inverossímeis, ou seja, os argumentos na petição inicial não forem razoáveis ou de difícil ocorrência, segundo os padrões médios da conduta humana, como, por exemplo, alegação da jornada laboral diária de 20 horas com 15 minutos de intervalo e, finalmente, as alegações da inicial estiverem em contradição com a prova constante dos autos. Nessas hipóteses, o Juiz pode determinar de ofício a produção de provas, consoante Súmula n.º 74, III, do Tribunal Superior do Trabalho (SCHIAVI, 2018, p. 647).

318

No entanto, se, na segunda audiência designada pelo Juiz, a empresa não comparecer, será confessa quanto à matéria de fato (MARTINS, 2018, p. 388).

Feitas essas digressões, passa-se à análise da arbitragem, que se tornou um dos métodos de solução de conflitos a serem utilizados nas questões que envolvem, inclusive, as relações de emprego.

2.3 Arbitragem

Inicialmente, faz-se necessário destacar que há três métodos de solução de conflitos trabalhistas, quais sejam: a autotutela, representados pela greve; autocomposição, tendo como exemplo a renúncia e a heterocomposição, representada pela arbitragem e pelo processo judicial (LEITE, 2018, p. 154-155).

O processo judicial, amplamente utilizado no âmbito trabalhista, consiste em uma ferramenta controlada pelo Estado para solucionar lides, na qual se inicia mediante provocação da parte legítima e interessada em obter a tutela estatal, por meio do direito de ação e se desenvolve via um Estado-Juiz, que tem como finalidade a prestação jurisdicional justa e útil,

promovendo o acesso à justiça (TEIXEIRA, 2018).

De outra banda, tem-se arbitragem, regulada pela Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1997, como meio de solução de conflitos alternativos, em que um terceiro exerce o poder decisório sobre as partes, sendo irrevogável e não possuindo natureza jurisdicional, por ser externa ao Poder Judiciário (MOREIRA, 2018, p. 82, e TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 43).

Antes da Reforma Trabalhista o entendimento jurisprudencial dominante no Tribunal Superior do Trabalho era de que na Justiça do Trabalho não cabia a arbitrabilidade das questões individuais trabalhistas, sob o argumento da não flexibilização dos princípios de indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos, bem como o desequilíbrio entre as partes, decorrente da relação de hipossuficiência empregatícia (MUNIZ, 2018, p. 181).

Dessa forma, a arbitragem era permitida no âmbito da Justiça do Trabalho, somente nos casos de ações coletivas, consoante expresso no art. 114, §§ 1º e 2º, da CF (GOMIDE; SANTOS, 2018).

319

A Reforma Trabalhista, autorizou a ampliação da utilização da arbitragem ao introduzir no texto legal a permissão para a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de trabalho de empregados melhores remunerados, consoante o art. 507-A da CLT (DELGADO, M. G; DELGADO, G. N, 2017, p. 191).

A Reforma impôs condições para o uso da arbitragem, ou seja, apenas é aplicada aos trabalhadores com remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência e que possuam ensino superior completo. Portanto, há uma presunção de que o trabalhador seja hipersuficiente estando em igualdade com o empregador para as devidas negociações (MOREIRA, 2018, p. 82).

Ressalte-se ainda, que menos de 2,5% da população economicamente ativa percebe mais que cinco salários mínimos por mês no Brasil (YOSHIDA, 2017, p. 59).

Além disso, a lei exige a cláusula compromissória, que nada mais é do que um compromisso firmado pelas partes por meio de um contrato, ao qual se submetem à arbitragem como forma de solução dos litígios que

vierem de tal contrato (MARTINS, 2018, p. 114).

Oportuno referir, ainda, que a lei exige a iniciativa do empregado ou sua concordância expressa, para que a cláusula compromissória de arbitragem possua validade (HERKENHOFF FILHO, 2018, p. 41).

Pode-se elencar como argumentos favoráveis à arbitragem: a maior agilidade nas decisões, em face da inexistência de recursos; o árbitro é escolhido pelas partes; melhores condições da real dimensão do conflito pelo árbitro; maior celeridade de resolução do conflito e possibilidade de a decisão dar-se por equidade se assim convencionarem as partes (SCHIAVI, 2018, p. 56).

Entretanto, percebe-se que o legislador teve uma preocupação em delimitar a via arbitral somente aos empregados de maior poder aquisitivo, uma vez que para o trabalhador de menor renda haveria desestímulo do seu acesso à justiça para resolver suas disputas com o empregador, tendo em vista que o procedimento poderia ser excessivamente oneroso (YOSHIDA, 2017, p. 59).

320

Contrapondo-se a esse entendimento, a corrente doutrinária que entende pela incompatibilidade da utilização da arbitragem no âmbito trabalhista defende que a presença de uma cláusula compromissória de arbitragem não tem o condão de afastar a apreciação do Poder Judiciário, pois estaria inviabilizando o acesso à justiça dos trabalhadores, que possuem direito expressamente assegurado pelo art. 5.º, XXXV, da CF, notadamente porque, ao não assinar o contrato com tal cláusula estaria colocando em risco a oportunidade de conseguir o emprego ou até mesmo de continuar na atividade, independentemente do valor da remuneração oferecida (HERKENHOFF FILHO, 2018, p. 41).

Embora demonstrado que o entendimento majoritário se inclina pela possibilidade de emprego da arbitralidade nas questões individuais trabalhistas, o instituto em tela deve ser aplicado com cautela.

A fórmula arbitral, consoante amplamente difundido, é adequada para situações fáticas e jurídicas em que há equivalência de poder entre as partes, o que não ocorre na esmagadora maioria das relações trabalhistas em que o empregado geralmente é economicamente hipossuficiente.

A impossibilidade de exercício da autonomia da vontade, de maneira absoluta, levando em conta as características específicas da relação de emprego, torna inviável a adoção da arbitragem, notadamente em razão de que esta é pautada em princípio de liberdade e de igualdade negociais.

Resta claro, portanto, tratar-se de mais um mecanismo de nítida precarização das relações socioeconômicas e jurídicas no âmbito do trabalho instaurado pela Reforma Trabalhista, podendo se apresentar como um dos significativos passos para a eliminação e extinção deste segmento do Poder Judiciário.

Contrapondo-se aos dispositivos que ensejam a ampliação do acesso à justiça, não se pode olvidar a existência de outros trazidos pela Lei 13.467/2017, que restringem ou colidem com o acesso à justiça.

3 DOS DISPOSITIVOS QUE COLIDEM COM O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Por outro lado, contrariando a ampliação do acesso à justiça pelo reclamado, entende-se que a Reforma Trabalhista violou o princípio do amplo acesso do jurisdicionado à Justiça em vários dispositivos. Destacam-se, a título exemplificativo, a redução do intervalo intrajornada, os limites do benefício à justiça gratuita e a sucumbência recíproca. Optou-se, no presente estudo, pela análise dos três dispositivos, pois se entende que eles são os mais gravosos no que tange à garantia constitucional de acesso à justiça.

3.1 Redução do intervalo intrajornada e a tese do negociado x legislado

Com relação aos intervalos intrajornadas, mais precisamente no artigo 611-A da CLT, o legislador inovou permitindo que o intervalo para refeição e descanso seja negociado por norma coletiva, desde que respeitado o mínimo de meia hora para jornada superior a seis horas, o local possua refeitório organizado e os trabalhadores não estejam sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares, o que já era assegurado pela Súmula 437 do Tribunal Superior do Trabalho (NAHAS, 2017).

Dessa forma, a lei permite que o empregador conceda intervalo intrajornada de forma parcial, sem ter a obrigação de indenizar integralmente o empregado como jornada extraordinária em decorrência da inobservância do limite mínimo de uma hora, expondo o trabalhador a riscos à saúde, em decorrência de excesso de trabalho sem a pausa necessária (ALVES, A. C.; ALVES, R. G., 2017, p. 66).

Tal redação vem suscitando intensos debates, já que o intervalo intrajornada constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública, especialmente nos artigos 71 da CLT e 7º, XXII, da CF, o que inviabiliza a negociação coletiva sobre a temática (DELGADO, M. G; DELGADO, G. N, 2017, p. 134-135).

Nessa senda, necessário enfatizar que existem três correntes sobre a tese da supremacia da negociação coletiva sobre a legislação do trabalho:

A primeira corrente preconiza a tese do princípio do *favor laboratoris*, ou seja, no âmbito constitucional, a prevalência da negociação coletiva em face da legislação somente é permitida quando mais benéfica ao trabalhador, notadamente em face dos princípios fundantes do sistema jurídico laboral, quais sejam, o da proteção e da norma mais favorável e, por possuírem natureza fundamental, não admitem retrocessos. Acrescenta-se ainda que, em tempos de crise econômica mais acentuada, autorizar a prevalência do negociado fragiliza ainda mais a classe social já desfavorecida, acentuando a vulnerabilidade em face do setor econômico (GARCIA, 2017a, p. 37).

Nos conflitos entre a norma estatal e as regras negociadas deve prevalecer o legislado ao invés do negociado, não existindo outra opção, sob pena de manifesta inconstitucionalidade (ANDRADE; SOUZA, 2017, p. 36).

A segunda corrente diz respeito a uma separação entre o direito individual e o coletivo, apresentando um direito mais flexível, com prevalência da autonomia privada coletiva e, por via de consequência, da vontade do grupo sobre a vontade individual. Dessa forma, a negociação coletiva deve ter flexibilidade suficiente para alterar condições contratuais ou para derrogar cláusulas, sendo que as vantagens dependentes de eventos futuros e incertos não se incorporam ao contrato individual de trabalho, pelo contrário, somente ocorre a incorporação ao patrimônio do empregado,

os direitos adquiridos durante o período de vigência da norma coletiva (SANTOS, 2018, p. 18).

Contraopondo-se ao entendimento majoritário, ou seja, daqueles que defendem que as alterações introduzidas pela Lei n.º 13.467/2017 restringem o acesso do trabalhador à Justiça, a terceira corrente doutrinária de menor expressão defende a tese do negociado sobre o legislado, sob fundamento de que a CF, no art. 7º, reconhece a flexibilização dos direitos trabalhistas por meio das convenções e acordos coletivos, dando ênfase aos incisos: a) VI, que trata da redução salarial; b) XIII, compensação e redução da jornada de trabalho e c) XIV, referente aos turnos ininterruptos de revezamento (CALCINI, 2018, p. 35).

Esta corrente diz que quem pode o mais pode o menos, pois se a norma constitucional permite a redução salarial via negociação com o ente sindical, poderia autorizar outras modalidades de flexibilização da norma, a ensejar a redução do intervalo intrajornada (SILVA, 2017, p. 77-78).

Nessa senda, a nova lei não violaria o artigo 7º, XVI, da CF, já que o pagamento de hora cheia do intervalo intrajornada gerava uma condenação injusta e ocasionava uma maior onerosidade à empresa, sendo que a Lei 13.467/2017 abrandou a penalidade que anteriormente era imposta ao empregador, possibilitando a concessão de intervalo intrajornada inferior a uma hora, sem correr o risco de arcar com o pagamento da hora integral, como ocorria pela norma anterior (MACIEL, 2017, p. 1085).

A partir dessas digressões, pode-se dizer que é impossível a construção de um Direito do Trabalho que vislumbre apenas o legislado ou somente o negociado, o que deve prevalecer é o seu caráter protetivo, refletindo na negociação coletiva, com condições mais favoráveis ao empregado.

Nessa senda, proposta de reforma trabalhista que visa impor a prevalência do negociado sobre o legislado deve, necessariamente, respeitar o comando constitucional que estabelece a prevalência da norma mais favorável.

Assim, em se tratando de direitos sociais trabalhistas elencados no rol de direitos humanos e garantias fundamentais, inadmissível o retrocesso

sugerido pela Reforma Trabalhista.

O entendimento que se extrai da Reforma Trabalhista, de que as normas sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para fins de constituírem objeto ilícito de convenção ou acordo coletivo que suprimirem e excluam direitos, a única consequência previsível será o aumento dos acidentes de trabalho, onerando o INSS, cujo ônus será inevitavelmente suportado pela sociedade.

Passa-se a analisar as alterações introduzidas acerca dos limites do benefício da justiça gratuita.

3.2 Dos limites do benefício da justiça gratuita

Outro ponto nevrálgico da reforma trabalhista, ainda no tocante ao amplo acesso à justiça, diz respeito ao benefício da justiça gratuita, previsto no artigo 790 da CLT.

324

É oportuno destacar, inicialmente, que são direitos e garantias fundamentais, entre outros, o amplo acesso ao Poder Judiciário previsto no artigo 5.º, XXXV, da CF, bem como a prestação, pelo Estado, de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme previsto no art. 5º, LXXIV, da CF, sendo que, para as pessoas economicamente vulneráveis, o amplo acesso à jurisdição somente se torna possível e real com a garantia do benefício da justiça gratuita (DELGADO, M. G; DELGADO, G. N, 2017, p. 324).

Com a Reforma Trabalhista, tem-se como regra a exigência de comprovação da incapacidade financeira da parte para obter o deferimento do benefício da justiça gratuita, não mais existindo a mera alegação de insuficiência de recursos mediante simples declaração (KOURY; ASSUNÇÃO, 2017, p. 40-41).

Necessário enfatizar que o Direito do Trabalho tem como pressuposto o reconhecimento da desigualdade material entre o capital e o trabalho, assim sendo, qualquer forma de impedimento aos trabalhadores do acesso ao Judiciário representa ofensa à CF, bem como aos direitos fundamentais e a própria essência do Direito do Trabalho, ensejando um

rebaixamento da cidadania dos trabalhadores em comparação com os demais cidadãos em outras relações jurídicas (SOUTO MAIOR, 2018).

No que pertine às despesas processuais, mais precisamente previstas nos artigos 790, §§ 3º e 4º, e 790-B, *caput* e § 4º, da CLT, o que se verifica é que a Lei 13.467/2017 restringiu de forma significativamente o acesso à Justiça, pois não permite a concessão do benefício da justiça gratuita aos trabalhadores que percebem salário superior a 40% do limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social. Ademais, oportuno mencionar que, se o trabalhador for sucumbente, poderá ser responsabilizado pelo pagamento de honorários periciais, mesmo quando beneficiário da justiça gratuita (LEITE, 2018, p. 196).

Acerca da temática sob análise, oportuno destacar ainda que a alteração na lei cria uma dificuldade para a pessoa que deseja ser beneficiária da justiça gratuita, ao substituir sua informal declaração de próprio punho pela comprovação de insuficiência de recursos financeiros para o pagamento de custas processuais, não obstante o Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente o art. 99, § 3º, não preveja essa exigência, admitindo, por força da presunção, ser verdadeira a mera alegação feita por pessoa física (TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 77).

Ressalte-se que a tese 4.B.3 do XIX CONAMAT firmou entendimento de que a mera declaração de hipossuficiência, firmada por pessoa física, é apta como meio de prova para fins da concessão de gratuidade de justiça, em face do princípio do livre convencimento motivado do juiz, previsto no art. 371 do Código de Processo Civil, uma vez que a interpretação do art. 790, § 4º, da CLT, deve ser feita em harmonia com o art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil, sob pena de incoerência do sistema processual e violação do princípio do acesso à justiça, não se admitido estabelecer regramento mais rigoroso e restritivo para os autores das demandas ajuizadas perante a Justiça do Trabalho. De outra banda, o Juiz pode indeferir o pedido de benefício de justiça gratuita somente quando houver nos autos elementos que evidenciem que o requerente possui condições de arcar com as despesas no processo (RODRIGUES, 2018).

No mesmo sentido, oportuno destacar, ainda, a tese 4.B.5, a qual firmou entendimento de que se presume a insuficiência econômica

quando o reclamante se encontrar desempregado, independentemente do último salário percebido ou de qualquer outra prova documental, bastando a declaração de hipossuficiência financeira para a concessão da benesse ao autor da reclamationária trabalhista, conforme previsto no art. 99, § 3º, CPC/15 (FELICIANO; MARANHÃO, 2018).

Aclarando o assunto em tela, necessário enfatizar que a Lei da Reforma Trabalhista estabeleceu limites ao benefício da justiça gratuita ao trabalhador, pois se esse não obtiver em juízo créditos capazes de suportar a despesa de honorários periciais, mesmo que em outro processo judicial, terá que arcar com o encargo, ainda que beneficiário da justiça gratuita, exceto senão houver crédito em nenhum processo, a União irá suportar tais honorários, fator que compromete o comando constitucional do artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da CF, que asseguram a justiça gratuita e o acesso à jurisdição, respectivamente (DELGADO, M. G; DELGADO, G. N, 2017, p. 324-327).

326

Acerca da temática em tela, o Procurador-Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, a qual tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos que tratam da gratuidade da Justiça, mais especificamente os artigos 790-B, *caput* e § 4º; 791-A, *caput* e § 4º e, o § 2º do art. 844, todos da CLT, por entender que os referidos dispositivos violariam princípios constitucionais (SOUTO MAIOR, 2018).

Releva destacar que, pela Reforma Trabalhista, a parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, é responsável pelos honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita, fator esse que desencoraja a parte de bater as portas do Judiciário a fim de reaver seus direitos os quais não foram observados na relação contratual de trabalho, ou de, pelo menos, discutir a questão no processo, pelo risco de ter que arcar com valores (MARTINS, 2018, p. 549).

Assim, resta claro que a Reforma Trabalhista, neste item, pune o reclamante em duas oportunidades, quais sejam: a primeira, durante o pacto laboral, quando o empregador deixou de observar o seu direito; e a segunda, quando, ao buscar a justiça, notadamente por tentar reaver alguma parcela que lhe fora omitida propositadamente pelo seu empregador, ainda lhe

impõe o ônus de pagar tal despesa do processo (MAIA; SENA; NELSON, 2018, p. 23).

Ainda com relação ao pagamento de honorários periciais, enfatiza-se que a Lei 13.467/2017 contraria o acesso à jurisdição, uma vez que fere o princípio da isonomia, ensejando tratamento desigual à parte hipossuficiente e dificulta o requerimento para produção de provas, restando evidenciado o cerceamento de defesa (KOURY; ASSUNÇÃO, 2017, p. 32).

A temática retroanalizada suscitará muitos debates no campo da doutrina e da jurisprudência e, com certeza, passará pelo controle concentrado de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, o que já vem ocorrendo no caso da ADI 5766, ora em tramitação.

3.3 Da sucumbência recíproca

Outro dispositivo que merece destaque é o art. 791-A da CLT, que trata da sucumbência recíproca.

A regra da sucumbência, antes da Reforma Trabalhista, não era aplicada ao Processo do Trabalho, por força do art.791 da CLT e do princípio *jus postulandi*, pelo qual previa a possibilidade tanto do reclamante como da reclamada ajuizar reclamatória trabalhista sem a presença de advogados em todas as instâncias trabalhistas, ensejando, por via de consequência, a atuação pessoal da parte, tornando a contratação de advogado facultativa (SALES, 2017, p. 132).

Posteriormente, a partir da Lei 5.584/1970, surgiram as Súmulas 219 e 329 e as Orientações Jurisprudenciais 304 e 305 do Tribunal Superior do Trabalho, que tratavam das hipóteses em que os honorários sucumbenciais eram devidos na Justiça do Trabalho (ROCHA; MARZINETTI, 2017, p. 21).

Prevalecia o entendimento de que os honorários advocatícios sucumbenciais apenas eram devidos na hipótese do art.16 da Lei 5.584/1970, ou seja, em favor do sindicato o qual presta assistência judiciária e de que o empregado não percebesse remuneração inferior ao dobro do salário mínimo (GARCIA, 2017b, p. 311).

A norma introduzida pela Reforma Trabalhista determina que,

quando o beneficiário da justiça gratuita for parcialmente vencido, os honorários sucumbenciais devidos ao patrono da parte adversa serão suportados pelos créditos obtidos pelo autor na demanda e que, sendo esses valores insuficientes para suportar tal ônus, os créditos têm sua exigibilidade suspensa pelo lapso temporal de dois anos, devendo o credor (advogado que teve êxito na demanda) demonstrar que o devedor teve sua situação econômica alterada, capaz de adimplir o débito de natureza alimentar perante o advogado (LOPEZ; ARAUJO DA SILVA, 2018).

Necessário enfatizar que a Reforma Trabalhista criou uma nova figura, qual seja, a justiça gratuita paga, uma vez que o dispositivo em análise, dispõe que a exigibilidade das verbas sucumbenciais somente ficará suspensa se o vencido não receber crédito. Desse modo, se ele receber créditos, por menores que sejam e mesmo que a parte não possua condição nenhuma de suportar as despesas do processo sem comprometer a subsistência própria e de seus familiares, deverá pagar os honorários de sucumbência, não obstante o texto constitucional, mais precisamente no art.5.º, LXXIV, da CF, prometa-lhe assistência jurídica integral e gratuita (MALLET; HIGA, 2017, p. 84-85).

O que se constata é que independentemente de as verbas decorrentes da condenação possuírem natureza salarial ou indenizatória, o advogado, mesmo atuando em causa própria, será credor da parte ou de todo o montante obtido pelo reclamante sucumbente (GOES, 2018, p. 312).

No tocante à previsão da sucumbência recíproca, a Lei da Reforma Trabalhista modificou substancialmente o protecionismo processual, que é um dos pilares de sustentação do processo trabalhista e, por via de consequência, poderá inviabilizar ou representar uma limitação ao acesso à justiça da parte hipossuficiente (SCHIAVI, 2017, p. 85).

Importante destacar que, até a edição da Reforma Trabalhista, ao reclamante não recaía qualquer condenação de verba honorária de sucumbência recíproca e, mesmo que todos os pedidos formulados na reclamação trabalhista fossem improcedentes, o reclamante não respondia por honorários advocatícios da parte adversa (DALLEGRAVE NETO, 2017, p. 43).

O legislador justifica a inclusão deste dispositivo, uma vez que certos advogados formulavam pedidos que o autor não fazia jus, ou seja, demandas baseadas em direitos inexistentes, pois não havia risco de pagar honorários advocatícios à parte contrária (TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 84).

Desse modo, a gratuidade generalizada seria um incentivo à litigância irresponsável, o que ocasionaria gastos econômicos significativos ao Estado, uma vez que esse tem o dever constitucional de assistir aqueles que não possuem recursos suficientes para arcar com os custos do processo. Em suma, é o Estado que paga pelos processos recheados de pretensões levianas destituídas de fundamentos (GOES, 2018, p. 315; MALLETT; HIGA, 2017, p. 82).

O que se percebe é que o reclamante, em alguns casos, mesmo obtendo parcial êxito nos pedidos formulados em juízo, poderá sair sem auferir qualquer vantagem financeira, haja vista a necessidade de adimplir honorários ao advogado da parte contrária, correndo o risco de sair devendo, comprometendo qualquer outro crédito que viesse a obter perante a Justiça Especializada dentro do prazo de dois anos previsto em lei (LOPEZ; ARAUJO DA SILVA, 2018).

Assim, de acordo com a CF, a interpretação mais correta, para o dispositivo em comento, seria no sentido de que apenas quando os créditos obtidos em Juízo, mesmo que em outro processo, não forem imprescindíveis à subsistência própria do reclamante e de sua família (GARCIA, 2017b, p. 314-315).

Ademais, é possível concluir que a sucumbência introduzida pelo legislador possui dois propósitos cristalinos, quais sejam: inibir a propositura de demandas baseadas em direitos inexistentes e adotar da teoria da causalidade, atribuindo a responsabilidade pelas custas a quem deu causa ao processo (BOUCINHAS FILHO, 2018, p. 50).

Necessário enfatizar que, a partir das alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista, quanto à gratuidade da justiça, o processo do trabalho passou a ser menos protetivo e benéfico que o processo comum, violando diretamente o artigo 5º, inciso LXXIV, da CF, bem como o princípio republicano do tratamento isonômico, haja vista a hipossuficiência da parte

que bate às portas do Poder Judiciário em busca do recebimento das verbas de natureza alimentar (KOURY; ASSUNÇÃO, 2017, p. 37).

Nessa senda, o dispositivo viola notadamente o princípio do acesso à justiça, pois deve contemplar um sistema acessível a todos, de forma a produzir resultados individual e socialmente justos (MALLET; HIGA, 2017, p. 86).

Saliente-se ainda que a fixação de honorários sucumbenciais no percentual de 5 a 15% é inferior à prevista no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, quais sejam 10 a 20%, violando o princípio da igualdade, ao estabelecer tratamento discriminatório ao advogado que atua na esfera trabalhista quando comparado com a cível (GARCIA, 2017b, p. 311).

É oportuno ressaltar a redução do número de reclamações trabalhistas apontadas por alguns juristas, como efeito benéfico da Reforma Trabalhista, está intimamente relacionada a dificuldade ao acesso à justiça criado pela nova lei, inclusive se levanta a hipótese de extinção da Justiça do Trabalho, menosprezando a importância dessa instituição para efetivação dos direitos de milhões de brasileiros (SOUTO MAIOR, 2018).

330

Contudo e muito antes de se destacar a redução das ações judiciais no âmbito da Justiça do Trabalho, é preciso considerar os direitos fundamentais que podem estar sendo violados ou ameaçados.

Ainda, em decorrência da crise econômica, houve grande pressão por parte do governo para reduzir custos, sendo que a instituição da sucumbência recíproca na Justiça do Trabalho ocasionou intimidação para demandar, seja pelo risco econômico, seja pelos variados entendimentos de aplicação do instituto que foi mal elaborado.

A instituição de sucumbência, baseada na teoria da causalidade, gera responsabilidade pelos honorários sucumbenciais mesmo quando a parte desistir da ação, for revel ou o processo vier a ser anulado, circunstância que viola o direito fundamental de acesso à justiça, o que representa obstáculo a efetiva tutela jurisdicional, além de se afastar de sua principal falhar finalidade, a busca da justiça social.

4 CONCLUSÃO

É consabido que países que adotam o modelo capitalista, como sistema de economia de mercado, tendem a sofrerem mais crises políticas, financeiras e econômicas, sendo usual, como meio de resgate do setor produtivo, a flexibilização da legislação trabalhista.

Embora não se ignore que a legislação trabalhista brasileira necessitasse de atualização, a fim de se adequar ao novo mercado produtivo e as novas realidades sociais, esses ajustes não podem se dar mediante a pura e simples supressão de direitos sociais da classe trabalhadora.

Consoante referido neste trabalho, a Reforma Trabalhista aconteceu em meio a uma crise econômica, política, institucional e moral sem precedentes na história do Brasil. O agravamento do cenário econômico, combinado com o advento da crise política, resulta em altos índices de inflação, desemprego, demissões em massa e falência de empresas.

Aproveitando-se do momento, descrito no parágrafo anterior, a entidade patronal argumentou a necessidade de reestruturação das leis e da jurisprudência trabalhista, sendo que pelo menos 17 alterações sugeridas foram integralmente incluídas na Lei 13.467/2017.

331

A chamada Reforma Trabalhista, com a urgência legislativa sem precedentes, foi impulsionada pelos representantes do segmento econômico, valendo-se da oportunidade gerada pela troca de chefia do executivo nacional e do momento de profundo descrédito do vigente modelo de democracia representativa, sem o necessário debate em níveis exigidos pelas convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Assim, em momento de crise econômica, não se pode abrir mão da intervenção do Estado na regulação das relações de trabalho, pois somente desse modo se poderá compensar o desequilíbrio de forças, protegendo o trabalhador, cunhado historicamente como hipossuficiente.

O que restou cristalino, resgatando os dados históricos, é que a Reforma Trabalhista foi apresentada à sociedade de forma grosseira e as pressas, apontando apenas para os interesses do grande capital, a fim de minimizar problemas de ordem política enfrentados pelo governo incompetente.

Tudo que foi demonstrado no presente artigo, leva à conclusão

de que os novos dispositivos introduzidos pela Reforma Trabalhista, na sua maioria, violam as garantias constitucionais do acesso à jurisdição, fazendo pesar sobre o trabalhador a pecha da suspeição, em detrimento dos princípios consagrados na Constituição Federal da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, além dos compromissos republicanos de melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Saliente-se, ainda, que o legislador perdeu a oportunidade para implementar o conjunto normativo trabalhista, estabelecendo mecanismos mais eficazes para diminuir a grande litigiosidade que desemboca no Judiciário Trabalhista.

Até o momento, tem-se como certo, apenas que a Lei da Reforma Trabalhista é uma lei irremediavelmente ilegítima e que afronta à Constituição Federal em diversos de seus dispositivos, devendo, para a segurança jurídica, ser revogada, caso contrário somente haverá a confirmação de que a Constituição deixou de ser parâmetro de garantia aos cidadãos, fator que multiplicará as inseguranças jurídicas e causará, por via de consequência, enorme sofrimento nas relações de trabalho, agravamento da crise econômica e aprofundamento do drama social, com o consequente aumento da criminalidade.

Urge que o Superior Tribunal Federal se manifeste rapidamente sobre as alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista, quer por meio de ação direta de constitucionalidade quer por ação direta de inconstitucionalidade, de modo a garantir a segurança jurídica necessária à pacificação social.

As dificuldades que advirão com a Reforma Trabalhista não devem gerar desesperança, menos ainda o sentimento de que está ruindo a democracia arduamente estabelecida no País.

Não há dúvida que todo e qualquer percalço advindo da Reforma Trabalhista serão superados em breve notadamente pela esperança que todos depositam na Justiça e nas instituições.

REFERÊNCIAS

ALVES, A. C.; ALVES, R. G. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. Revista **Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 29, n. 338, p. 47-74, ago. 2017. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_338_miolo.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

ANDRADE, F. C. M.; SOUZA, G. M. D. Direitos fundamentais e a reforma trabalhista: a escolha constitucional pelo modelo legislado das relações de trabalho. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 29, n. 340, p. 33-44, out. 2017. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_340_miolo.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. A reforma trabalhista e os honorários de advogado na Justiça do Trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região**, Curitiba, vol. 7, n. 67, p. 41-61, abr. 2018. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-5631e6ee59a4175cd06c305840562ff3.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14. jul. 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 6 maio 2019.

CALCINI, Ricardo Souza. Prevalência do negociado em norma coletiva sobre o legislado. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, vol. 29, n. 348, p. 09-31, jun. 2018. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_348_miolo.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **(In)aplicabilidade imediata dos honorários de sucumbência recíproca no processo trabalhista**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, Curitiba, vol. 6, n. 61, p. 38-46, jul./ago. 2017. Disponível em: <https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/36537/mod_resource/content/2/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28JUL-AGO%202017%20-%20n%C2%BA%2061%20-%20Reforma%20Trabalhista%29.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

DAMASCENO, Luiza Mascarenhas. Comentários quanto aos efeitos da revelia com o advento da reforma trabalhista. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 187, mar. 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/titlehtml?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92791380%2Fv20180187.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3500001566f4ad73458dca99c#sl=e&eid=5c559195da73c137ffad4ac3f6b95bcd&eat=DTR_2018_10269&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 6 maio 2019.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

FELICIANO, G. G.; MARANHÃO, N. Os juízes do trabalho e a reforma trabalhista: primeiros horizontes de consenso. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 193, set. 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92791380%2Fv20180193.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000014db9e91a1bed99d103#sl=e&eid=698459a215154c2f5639fab9e55b1217&eat=DTR_2018_19290&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 6 abr. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma trabalhista e crise econômica: negociado versus legislado. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 181, p. 31-44, set. 2017a. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92791380%2Fv20170181.1&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001566f4ad73458dca99c#sl=e&eid=14b5831048da868762a079212e31fe20&eat=DTR_2017_5624&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Honorários advocatícios. In _____. **Reforma trabalhista: análise crítica da Lei 13.467/2017**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017b. p. 311-316.

GOES, Alfredo. A responsabilidade processual do beneficiário de justiça gratuita sobre os honorários advocatícios e a garantia de acesso à justiça. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, vol. 82, n. 3, p. 312-319, mar. 2018.

334 GOMIDE, R. R.; SANTOS, A. V. A Reforma Trabalhista, a figura do trabalhador hiper... E a possível violação do princípio da igualdade. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 190, jun. 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92791380%2Fv20180190.5&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001566f4ad73458dca99c#sl=e&eid=a85c16b5c488c3a284e63318b2733fd5&eat=DTR_2018_15605&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 2 maio 2019.

HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita. Arbitragem na justiça do trabalho. In: _____. **A reforma trabalhista e as inovações no processo do trabalho**. Curitiba: CRV, 2018. p. 39-44.

KOURY, L. R. N.; ASSUNÇÃO, C. S. S. A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexões à luz do CPC e da Lei 13.467/17. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3.ª Região**, Belo Horizonte, p. 29-48, nov. 2017. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/REVISTA-TRT3-Edicao-Especial-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed., atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

LOPEZ, I. G. S. M. R.; ARÁUJO DA SILVA, R. Dos honorários sucumbenciais: aplicação do art. 791-A da CLT em demandas trabalhistas ajuizadas antes da Lei 13.467/2017: princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 189, mai. 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92791380%2Fv20180189.2&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001566f4ad73458dca99c#sl=e&>

eid=e02e218ac2eb1bf5a724a9e109a3de46&eat=DTR_2018_12698&pg=&psl=&nvgs=false>. Acesso em: 2 maio 2019.

MACHADO, Gustavo Carvalho. O desequilíbrio processual decorrente da inexistência da qualidade de empregado do preposto do reclamado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 106, n. 984, p. 205-218, out. 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92292703%2Fv20170984.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3500001566f4ad73458dca99c#sl=e&eid=557189e0fae6fd1cf2f63047287a3974&eat=DTR_2017_6422&pg=&psl=&nvgs=false>. Acesso em: 21 abr. 2019.

MACIEL, Pedro. Comentários à jornada de trabalho e tempo de serviço decorrentes da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017). **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 81, n. 9, p. 1081-1085, set. 2017.

MAIA, J. M.; SENA, K. R. R.; NELSON, R. A. R. R. Honorários periciais e a nova sistemática trazida pela Lei nº 13.467/2017. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, vol. 29, n. 350, p. 09-29, ago. 2018. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_350_miolo.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

MALLET, Estevão; HIGA, Flávio da Costa. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 69-94, out./dez. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MOREIRA, Adriano Jannuzzi. A mediação e a arbitragem como meios extrajudiciais de resolução de conflitos trabalhistas na vigência da Lei n. 13.467/2017: reforma trabalhista. **Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário**, São Paulo, n. 2, p. 84-80, jan. 2018.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no direito do trabalho. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, vol. 15, n. 56, p. 179-187, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F93344857%2Fv20180056.8&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3500001566f4ad73458dca99c#sl=e&eid=bc0451e54100764ac87cd928d04452a8&eat=DTR_2018_10270&pg=&psl=&nvgs=false>. Acesso em: 13 maio 2019.

NAHAS, THEREZA. **Novo direito do Trabalho** - institutos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F131040060%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3500001566f4ad73458dca99c#sl=0&eid=dd3500067ad481db616daddb50d2b8f0&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgs=false>>. Acesso em: 13 maio 2019.

PIRES, R. O.; BARBOSA, A. A. O direito intertemporal e a reforma trabalhista: questões de direito material e processual a serem enfrentadas com o advento da Lei n.

13.467/2017 = Intertemporal law and labor reform: questions of material and procedural law to be faced with the advent of law n. 13.467/2017. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3.ª Região**, Belo Horizonte, p. 369-410, nov. 2017. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/REVISTA-TRT3-Edicao-Especial-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2019.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MARZINETTI, Miguel. Os honorários advocatícios sucumbenciais na reforma trabalhista e o direito intertemporal. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10. Região**, Brasília, v. 21, n. 2, p. 19-30, nov. 2017. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/194/177>>. Acesso em: 15 maio 2019.

RODRIGUES, Felipe Bernardes. Gratuidade de justiça - critérios para comprovação. **Anamatra**, 2 a 5 maio, 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>>. Acesso em: 12 maio 2019.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho em face da lei 13.467/2017. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 984, p. 129-147, out. 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92292703%2Fv20170984.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001566f4ad73458dca99c#sl=e&eid=9a8125ff1d4cdf67d2116fa81c629511&eat=DTR_2017_6427&pg=&ppl=&nvgS=false>. Acesso em: 12 abr. 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Supremacia do negociado em face do legislado. A Natureza Bifronte (ou as Faces) da Nova CLT. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, vol. 29, n. 348, p. 09-31, jun. 2018. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_348_miolo.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

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

_____. **Manual de direito processual do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, A. Á.; SILVA, G. A. M. Arbitragem nos dissídios individuais de trabalho dos altos empregados. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, vol. 81, n. 7, p. 775-779, jul. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista – Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F130906101%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001566f4ad73458dca99c#sl=0&eid=41317b987785e2d660532ad0e4f815fc&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&ppl=e&nvgS=false>>. Acesso em: 4 maio 2019.

SILVA, Bruno Freire e. A reforma processual trabalhista e o acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 278, abr. 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92686434%2Fv20180278.7&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001566f>>

4ad73458dca99c#sl=e&eid=30cc4fe5695f31e2dcc5e87814e97985&eat=DTR_2018_10627&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 20 maio 2019.

SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, vol. 29, n. 339, p. 65-103, set. 2017. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_339_miolo.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Impactos do golpe trabalhista (A lei n. 13.467/17). **Revista eletrônica Reforma Trabalhista III**, Curitiba, vol. 7, n. 63, p. 194-210, nov. 2017. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-52d083725702045a8fa133362bc66318.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. **Parecer Técnico do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP sobre a ADI 5766**. São Paulo, 03 maio 2018. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/parecer-tecnico-do-departamento-de-direito-do-trabalho-e-da-seguridade-social-da-faculdade-de-direito-da-usp-sobre-a-adi-5766>>. Acesso em: 4 maio 2019.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**. As alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei 13.467 de 2017. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 181, mar. 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92791380%2Fv20180187.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001566f4ad73458dca99c#sl=e&eid=6aa9ac819c92dfb30eb3fea7dbab406e&eat=DTR_2018_10287&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 8 abr. 2019.

YOSHIDA, Márcio. A arbitragem e a reforma trabalhista. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, vol. 14, n. 55, p. 57-72, out./dez. 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F93344857%2Fv20170055.4&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001566f4ad73458dca99c#sl=e&eid=1e299cf5fcd3a640226d7a6fedef2c2d&eat=DTR_2017_6781&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 20 abr. 2019.

