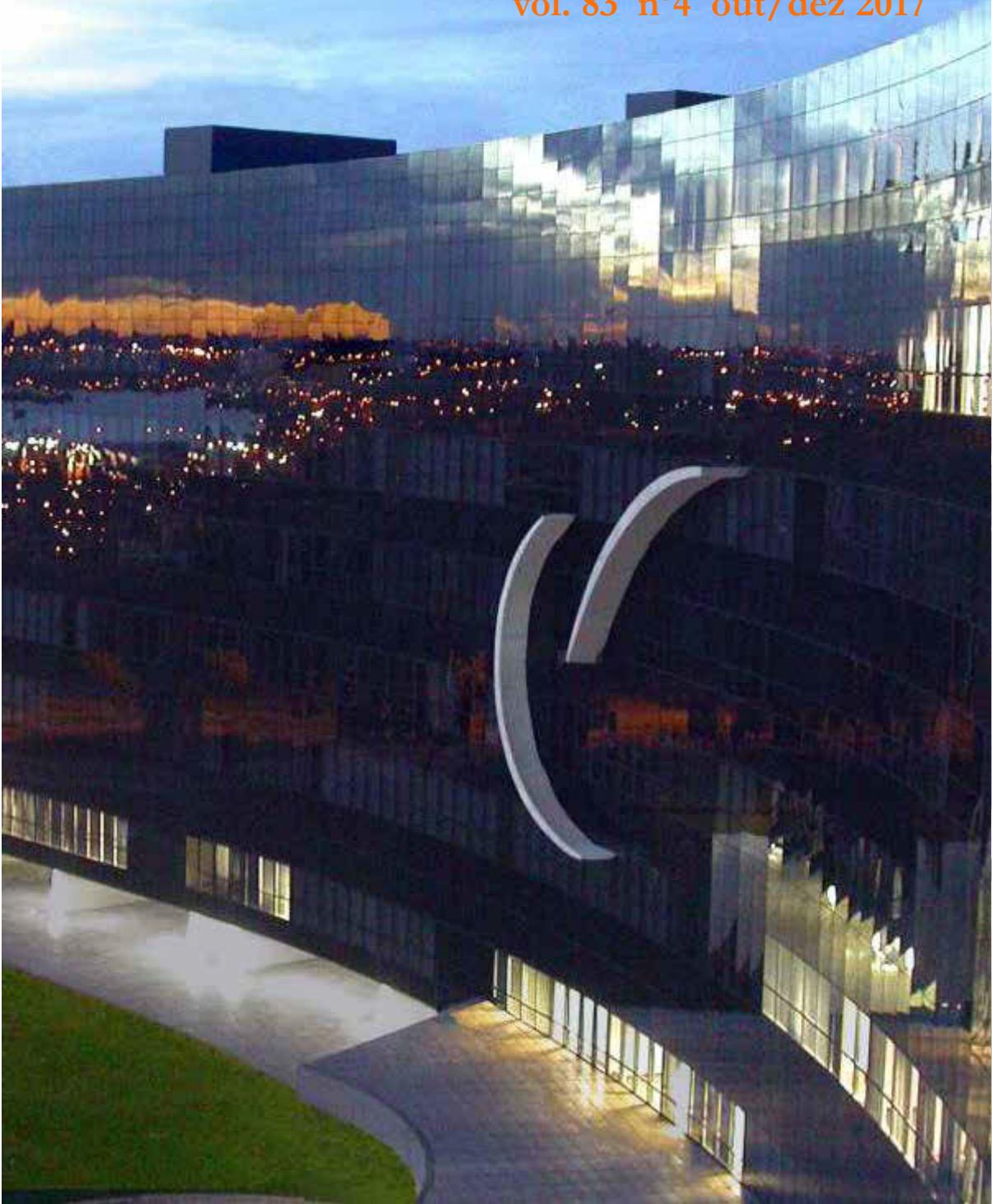


# Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 83 n°4 out/dez 2017



---

**Revista do Tribunal Superior do Trabalho**

---





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

---

## Revista do Tribunal Superior do Trabalho

---

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
*Presidente*

Ministro Emmanoel Pereira  
*Vice-Presidente*

Ministro Renato de Lacerda Paiva  
*Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho*

Ministro Augusto César Leite de Carvalho *(presidente)*

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Lelio Bentes Corrêa *(suplente)*

*Comissão de Documentação*

**Ano 83 – nº 4 – out. a dez. – 2017**

**LEX MAGISTER**

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209 – CEP 01302-000 – São Paulo-SP  
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010-, Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

**Coordenação:** Comissão de Documentação

**Organização e Supervisão:** Virgínia Ramos Veríssimo

**Revisão:** José Geraldo Pereira Baião

**Capa:** Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

**Editoração Eletrônica:** LexMagister

**Tiragem:** 700 exemplares

*Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br).*

**Tribunal Superior do Trabalho**

**Setor de Administração Federal Sul**

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: [revista@tst.jus.br](mailto:revista@tst.jus.br)

Internet: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

**Lex Editora S.A.**

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

**Assinaturas:**

[comercial@lex.com.br](mailto:comercial@lex.com.br)

[www.lex.com.br](http://www.lex.com.br)

---

**Composição do  
Tribunal Superior do Trabalho**

---



## **Tribunal Pleno**

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal  
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira  
Ministra Maria de Assis Calsing  
Ministra Dora Maria da Costa  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão  
Ministro Douglas Alencar Rodrigues  
Ministra Maria Helena Mallmann  
Ministro Breno Medeiros

## **Órgão Especial**

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal  
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira  
Ministra Dora Maria da Costa  
Ministra Kátia Magalhães Arruda  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão  
Ministro Douglas Alencar Rodrigues  
Ministra Maria Helena Mallmann

## **Seção Especializada em Dissídios Coletivos**

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal  
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministra Maria de Assis Calsing  
Ministra Dora Maria da Costa  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda

## **Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal  
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

## **Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal  
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
Ministro Douglas Alencar Rodrigues  
Ministra Maria Helena Mallmann  
Ministro Breno Medeiros

### **Primeira Turma**

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann

### **Segunda Turma**

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministra Maria Helena Mallmann

### **Terceira Turma**

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

### **Quarta Turma**

Ministra Maria de Assis Calsing, Presidente  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

## **Quinta Turma**

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Breno Medeiros

## **Sexta Turma**

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição  
– Membro do CNJ)

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

## **Sétima Turma**

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Desembargador Altino Pedrozo dos Santos (Convocado)

## **Oitava Turma**

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministra Dora Maria da Costa

# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



Emmanoel  
Pereira



Ives Gandra da Silva  
Martins Filho



Renato de Lacerda  
Paiva



João Batista  
Brito Pereira



Maria Cristina  
Peduzzi



Lelio Bentes  
Corrêa



Aloysio Corrêa  
da Veiga



Luiz Philippe Vieira  
de Mello Filho



Alberto Luiz Bresciani  
de Fontan Pereira



Maria de Assis  
Calsing



Dora Maria  
da Costa



Fernando  
Eizo Ono



Guilherme Augusto  
Caputo Bastos



Márcio Eurico  
Vitral Amaro



Walmir Oliveira  
da Costa



Maurício Godinho  
Delgado



Kátia Magalhães  
Arruda



Augusto César Leite  
de Carvalho



José Roberto Freire  
Pimenta



Delaíde Alves  
Miranda Arantes



Hugo Carlos  
Scheuermann



Alexandre de Souza  
Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas  
Brandão



Douglas Alencar  
Rodrigues



Maria Helena  
Mallmann



Breno  
Medeiros



## Apresentação

Esta edição da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* traz, uma vez mais, a contribuição de estudiosos do Direito do Trabalho, com atuação e pesquisa desenvolvidas no Brasil e no exterior, acerca de temas afetados pela “reforma trabalhista” – como é usualmente denominado o conjunto de reformas na CLT e na Lei nº 6.019/74, engendradas pela Lei nº 13.429/2017, Lei nº 13.467/2017 e Medida Provisória nº 808/2017.

Há algum tempo, as edições trimestrais da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* apresentam-se temáticas, ante o propósito da Comissão de Documentação – integrada por quatro ministros do TST, sendo três titulares e um suplente – de obter a contribuição acadêmica interdisciplinar sobre matérias específicas de Direito do Trabalho ou de Direito Processual do Trabalho.

A avalanche de novidades na seara processual, por exemplo, fez com que publicássemos artigos de autores de processo civil e de processo do trabalho com detida reflexão a respeito das possíveis modificações encetadas no processo do trabalho desde a regência do novo CPC. Mal nos habituamos com essas mudanças e sobreveio a Lei nº 13.467/2017, a promover uma ingente metamorfose na base principiológica e nas regras de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho.

A nossa Revista quer estar sintonizada com as novas e incontáveis alterações nas leis que regulam o trabalho no Brasil, razão pela qual tem selecionado e publicado estudos de variado matiz que, conforme almejamos, previnem ou prevenirão os magistrados e tantos outros profissionais do Direito acerca das intrincadas questões que nos aguardam, dado que é compreensível e democrática a expectativa de que interpretemos e apliquemos o novo conjunto normativo.

Em sua edição trimestral anterior (jul./set. 2017), a *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* trouxe a reflexão de professores de diversos países e também do Brasil, bem como de autoridades da Organização Internacional do Trabalho e da Corte Americana de Direitos Humanos, todos a cotejar as reformas trabalhistas, em curso no Ocidente, com o princípio da progressividade, ou da vedação ao retrocesso de direitos sociais, que demarca o nosso estágio civilizatório.

Nesta edição (out./dez. 2017), pontificam ensaios de especialistas de ramos variados do Direito sobre aspectos da nova legislação trabalhista que

escapam à primeira percepção dos que precisam compreendê-la e interpretá-la, para adotá-la com harmonia e olhos fitos na pacificação dos conflitos sociais.

A todos uma excelente e proveitosa leitura.

Brasília, em dezembro de 2017.

*Ministro Augusto César Leite de Carvalho*

Presidente da Comissão de Documentação do TST

# Sumário

## DOCTRINAS

1. A possibilidade de pedido genérico e de ação autônoma de produção antecipada de prova no processo do trabalho  
*Alexandre Luiz Ramos* .....19
2. Uma retórica maçante e desagradável  
*Aloysio Corrêa da Veiga* .....28
3. Grupos societários no Direito do Trabalho e a reforma trabalhista  
*Ana Frazão* .....31
4. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista  
*Estêvão Mallet e Flávio da Costa Higa* .....69
5. A reforma trabalhista sob a ótica da cláusula de vedação ao retrocesso social, observada a força centrípeta das contingências econômicas – um novo *round* de uma velhíssima batalha  
*Fabio Túlio Correia Ribeiro* .....95
6. A terceirização na reforma trabalhista  
*Helder Santos Amorim* .....156
7. Tradição e ruptura: vorazes dilemas do direito intertemporal no processo trabalhista  
*Homero Batista Mateus da Silva* .....184
8. Limitação da jornada de trabalho e saúde e segurança: impropriedades da “reforma trabalhista”  
*Ipojucan Demétrius Vecchi* .....207
9. (In)aplicabilidade imediata das novas regras processuais e dos honorários de sucumbência recíproca no processo trabalhista  
*José Affonso Dallegrave Neto* .....238
10. Reformas trabalhistas na Itália: breve análise histórica e comparativa  
*José Aparecido dos Santos* .....249
11. O fim do trabalho como se conhece no Brasil  
*Marcio Pochmann* .....272

12. Duração do trabalho e a Lei nº 13.467/2017: desafios reais da sociedade do presente na contramão da “reforma trabalhista” <i>Noemia Porto</i> .....	287
13. O princípio da proteção em xeque <i>Rodrigo de Lacerda Carelli</i> .....	316
14. Alguns aspectos sindicais da reforma trabalhista <i>Sergio Pinto Martins</i> .....	326

#### DOCTRINA ATUAL

1. Algumas notas acerca das consequências juslaborais decorrentes da cisão e fusão das sociedades <i>Sónia de Carvalho</i> .....	339
---	-----

---

**Doutrina**

---



# A POSSIBILIDADE DE PEDIDO GENÉRICO E DE AÇÃO AUTÔNOMA DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Alexandre Luiz Ramos\*

O objetivo deste ensaio é discutir a possibilidade de pedido genérico, diante da alteração do art. 840, § 1º, da CLT, conforme Lei nº 13.467, de 2017, que passa a ter a seguinte redação:

“§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.”

Em comparação com a redação anterior, percebe-se que a atual estendeu para o procedimento ordinário a exigência que havia somente no procedimento sumaríssimo. De fato, nas ações enquadradas no referido procedimento, o pedido deve observar a regra do art. 852-B:

“Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo:

I – o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente.”

Assim, já havia a obrigatoriedade de a parte indicar valor da causa e, a partir dele, ser fixado o procedimento. Contudo, a tradição no processo do trabalho se estabeleceu no sentido de o valor da causa ser genericamente estimado somente para efeito de alçada.

A partir da Lei nº 13.467, há necessidade de indicação do valor correspondente do pedido. A primeira questão que se apresenta é saber se a indicação de valor é meramente estimativa ou deve refletir verdadeiramente o conteúdo econômico da pretensão. As normas processuais têm sofrido profundas alte-

---

\* Desembargador do TRT da 12ª Região (SC); mestre e doutor em Direito.

## DOCTRINA

rações conceituais e principiológicas, adotando perspectiva de colaboração e atuação ética das partes e de todos que atuam no processo, para que a atividade jurisdicional garanta acesso a ordem jurídica justa, em tempo razoável, eficaz, adequada e igualitária. Por isso, a exigência de atribuição de valor ao pedido deve ser entendida como o efetivo conteúdo econômico da postulação.

Conforme art. 291 do CPC, a toda causa será atribuído valor certo, que deve corresponder ao seu conteúdo econômico imediato aferível. No processo civil, e assim deve ser no processo do trabalho, o valor da causa reflete o valor do pedido, devendo-se observar a disciplina do art. 292 do CPC:

“Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I – na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II – na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

III – na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV – na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

V – na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

VI – na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

VII – na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;

VIII – na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

§ 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.

§ 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

## DOCTRINA

§ 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.”

As regras do processo civil devem ser adotadas para dar os parâmetros de aferição do conteúdo econômico de cada pretensão. Ao tratar do valor da causa, o CPC faz nítida vinculação com o valor do pedido. A causa é a espécie de ação que o autor propõe e em cada caso deve observar os critérios fixados pelo art. 292. Se a ação for de cobrança de dívida, quer dizer, se o pedido for para condenação do réu ao pagamento de soma em dinheiro decorrente de dívida, o valor da causa deve observar o inciso I, e assim por diante.

Os pedidos quanto a créditos resultantes do contrato de trabalho são verdadeiros pedidos de cobrança de dívida e, na maioria dos casos, facilmente apurados por simples cálculos matemáticos ou utilização de ferramentas disponíveis (PJe-Calc, Juriscalc, etc.). Nos processos que tramitam na Justiça do Trabalho são comuns pedidos de multa do art. 477, § 8º, da CLT; 13º salário; aviso prévio indenizado; férias; etc. Em tais postulações, deve-se observar a exigência legal de pedido certo, determinado e líquido, pois a parte não tem razões plausíveis para deixar de fazê-lo.

Contudo, há ações trabalhistas complexas. Surge, então, a dúvida da possibilidade de aplicação subsidiária do art. 324 do CPC quanto ao pedido genérico. Antes de enfrentar este tema, necessário estabelecer os atributos gerais do pedido quanto à certeza e à determinação.

O atributo da certeza exige que a parte diga, de forma expressa, o que pretende. Os pedidos implícitos são somente aqueles expressamente previstos na lei, conforme dispõe o art. 322, § 1º, c/c o art. 323 do CPC, quais sejam, os juros legais, a correção monetária, as verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios, e as prestações sucessivas após o ajuizamento da ação (CPC, § 1º, do art. 322). As exceções, por esta própria natureza, são interpretadas restritivamente. Ainda que o § 2º do art. 322 do CPC diga que a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, não deixa de exigir pedido certo, por tratar de regra de interpretação do pedido formulado, não autorizando inferência de pedido implícito fora das hipóteses legais. Ademais, a proibição de decisão surpresa e o contraditório substancial indicam que o juiz não pode conhecer de pretensão não expressamente formulada pela parte.

## DOCTRINA

No caso de a parte fazer detalhada exposição de fatos e fundamentos de direito sobre a ocorrência de doença ocupacional, apontando despesas médicas e redução da capacidade laborativa de forma parcial e permanente e houver pedido expresso de indenização por danos materiais, o juiz deve aplicar a regra do § 2º do art. 322 do CPC, a fim de interpretar o pedido no conjunto da postulação, contemplando despesas de tratamento e pensionamento. Diferente é a situação em que a parte faz extensa alegação de fatos e fundamentos sobre a ocorrência de assédio moral, mas não formula pedido expresso de indenização por dano extrapatrimonial, caso em que o juiz não pode conhecer desta pretensão pela mera interpretação da causa de pedir. Ademais, ao respaldar tal conclusão deve-se lembrar que o art. 492 do CPC veda 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.

A certeza do pedido abrange tanto o pedido imediato, ou seja, a espécie de providência postulada – declaratória, constitutiva, condenatória, etc. –, quanto o pedido mediato, isto é, a pretensão concreta que dará o resultado buscado pela parte. Assim, o pedido no qual o trabalhador quer receber horas extras inadimplidas deve ser certo quanto ao pedido imediato – condenação – e quanto ao pedido mediato – pagamento de soma em dinheiro correspondente àquele crédito.

O segundo atributo geral do pedido é a determinação, que incide sobre o pedido mediato, ou seja, a quantidade, a qualidade, a extensão e a abrangência do que se pretende. Não basta que a parte formule pedido deste ou daquele crédito decorrente do contrato, é preciso delimitá-lo qualitativa e quantitativamente, especificando todos os critérios para a correta delimitação do que postula. Assim, a parte deve formular pedido de condenação ao pagamento de horas extras (pedido certo), mas também determinar o período, a quantidade, o adicional, os reflexos e todos os elementos disponíveis quando do ajuizamento da ação. Não se quer dizer com isso que todo pedido de horas extras deve ser determinado, mas sim que, quando a parte já tiver, de antemão, todos os elementos para sua determinação, tem a obrigação de fazê-lo.

Contudo, há no § 1º do art. 324 do CPC três hipóteses de pedido genérico:

“Art. 324. O pedido deve ser determinado.

§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico:

I – nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados;

## DOCTRINA

II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;

III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.”

A primeira exceção que autoriza o manejo de pedido genérico diz respeito às ações universais. Neste caso, o autor não tem condições de determinar o pedido, uma vez que impossibilitado desde logo de individualizar os bens demandados. Eventual incidência desta hipótese em ação decorrente da relação de emprego ocorre no caso de pedido formulado pelo empregador, para que o empregado, vendedor praticista, devolva o estoque de produtos a sua disposição, para distribuição imediata aos clientes, diante da suspeita de vendas sem a correspondente entrega. A empresa não pode, desde já, determinar a quantidade do acervo de produtos, circunstância que justifica a adoção de pedido genérico.

A segunda exceção ao pedido determinado – *quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato* – tem mais frequência na Justiça do Trabalho. É o caso das ações de indenização por danos materiais decorrentes de acidente de trabalho. Não se pode afirmar que em todas essas ações seja possível ao autor invocar o pedido genérico, pois há casos em que a determinação dos danos é plenamente possível de ser estabelecida na petição inicial. Por exemplo, tendo o trabalhador sofrido acidente com responsabilidade do empregador, causando perda total e permanente da capacidade laborativa, pode postular, além das despesas do tratamento, pensão integral da remuneração, em parcelas vencidas e vincendas, com fundamento no art. 950 do Código Civil. Assim, o pedido deve ser certo e determinado, indicando o valor correspondente daquilo que pode, desde já, ser quantificado, como as despesas do tratamento já efetivadas e o pensionamento de 100% da remuneração. Contudo, ainda no exemplo em tela, a parte está autorizada a formular pedido genérico quanto às despesas do tratamento que ainda serão realizadas, sendo que as situações supervenientes são recepcionadas pelo pedido genérico. Não obstante ser possível neste caso o pedido genérico, o autor deve especificar todas as circunstâncias necessárias para a futura individualização dos danos postulados, como indicação de quais tratamentos são demandados e tudo aquilo que for possível detalhar para permitir o exercício do direito de defesa e a edição de sentença adequada. Situação diversa ocorre quando o pedido de indenizações está ancorado em doença ocupacional, que ainda não teve seus efeitos consolidados, não podendo o autor, desde logo, determinar as consequências do ato, quando poderá formular pedido genérico.

## DOCTRINA

No pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, a nova redação do art. 840, § 1º, da CLT, não o excetua da obrigação de indicar valor, o que ainda encontra respaldo no art. 292, inciso V, do CPC, ao também exigir a indicação do valor pretendido no pedido de indenização.

Para desincumbir-se da obrigação de pedido com indicação do valor, o autor pode manejar ação autônoma de produção antecipada de prova, prevista no art. 381 e seguintes do CPC, cabível em três situações.

“Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a auto-composição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

A terceira hipótese merece destaque, pois permite que a parte, antes de entrar com a ação judicial, possa manejar produção antecipada de prova exatamente para justificar o seu ajuizamento. A produção antecipada pode igualmente evitar que a parte entre com a ação quando perceber que a prova não ampara sua pretensão. É uma verdadeira inversão da lógica processual tradicional, pela qual a dimensão probatória seria uma decorrência da própria ação.

A ação autônoma de produção antecipada de prova deve ser proposta no juízo do foro onde a prova deve ser produzida ou no foro do domicílio do réu. Esta competência não previne a competência para o juízo da ação principal. Na sua petição inicial, o autor deverá apresentar as razões que justificam a necessidade da antecipação da prova e deverá mencionar com precisão os fatos sobre os quais a prova pretendida deve incidir. Nesta ação não há pedido imediato (condenação, declaração, constituição, etc.), nem o juiz se pronuncia sobre as consequências jurídicas do fato, pois no procedimento não se admite defesa, muito embora os interessados possam requerer a produção de qualquer prova relacionada ao mesmo fato. Isso porque, nesta ação, não se faz subsunção, não se interpreta norma jurídica, não se resolve a lide. Destina-se exclusivamente a produzir antecipadamente a prova, numa das hipóteses do art. 381 do CPC, uma delas para permitir que a parte evite ou justifique o ajuizamento da demanda futura. A sentença do juiz, neste caso, homologa a prova, atestando que foi produzida em conformidade com a lei e mediante contraditório dos demais

## DOCTRINA

interessados. Caberá recurso somente contra a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Como a produção antecipada não se restringe, como ocorria no sistema anterior, somente a hipótese de urgência da prova, sua aplicação prática ganha força, pois pode ser poderoso instrumento de composição da controvérsia antes do ajuizamento da ação principal ou mesmo para que a parte avalie a possibilidade e probabilidade de sucesso com seu ajuizamento, mormente considerando os ônus impostos pela Lei nº 13.467, de 2017 (honorários de sucumbência, honorários periciais, restrição à concessão de gratuidade de justiça, dano processual, etc.). Assim, sua aplicação pode ocorrer em qualquer hipótese em que a parte queira esclarecer certo fato para facilitar a avaliação de conveniência de ajuizamento da futura demanda.

Tal instrumento pode atender ao interesse da parte que, por exemplo, reconhecendo a validade dos controles de horário, queira postular diferenças de horas extras, conforme se apurar do confronto dos cartões de ponto e dos recibos de salário, solicitando a exibição antecipada de documentos. Também no caso de haver dúvida quanto aos limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente, necessário para justificar pedido de adicional de insalubridade, o trabalhador pode manejar ação autônoma de produção antecipada de prova pericial para apuração das medições necessárias. Realizada a prova, a parte poderá avaliar a conveniência de ajuizar a ação.

A utilização desta ação autônoma, contudo, não poderá ser indiscriminada, pois a parte deve apresentar as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova, ou seja, que a parte não tem condições de, sem a prova requerida, fazer avaliação de risco da demanda. É preciso registrar que a Lei nº 13.467 aponta para outros meios de solução de conflitos, a exemplo do acordo extrajudicial previsto no art. 855-B da CLT. Tal acordo, presume-se, não decorrerá de lide simulada, fraude ou má-fé, mas sim da atuação ética e correta das partes, que deverão evitar a ação judicial ou a ação autônoma de produção antecipada de prova para afastar seus correspondentes encargos. Discutindo previamente o direito duvidoso, seja pela ausência prévia de elementos probatórios, seja pela incerteza quanto à interpretação de norma jurídica, os advogados deverão ser os primeiros juízes da causa.

Apresenta-se, contudo, a questão da sucumbência na ação autônoma de produção antecipada de prova. Na esfera do processo civil, propõe-se que as custas serão suportadas pelo requerente, mas a sucumbência não tem relação com objetivo da prova, pois não se debatem as suas consequências, mas sim quanto ao deferimento ou indeferimento da realização da prova, que é o objeto da

ação autônoma. Dessa forma, se o autor não demonstrar as razões que justificam a necessidade da prova, seu pedido de produção antecipada será indeferido e, assim, sucumbente na pretensão probatória. No âmbito do processo do trabalho, os §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT autorizam a concessão de benefício de justiça gratuita ao empregado que perceba salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, bem como a quaisquer das partes, mediante comprovação da insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Caso a parte não seja beneficiária de gratuidade de justiça, deverá arcar com as custas.

Em relação aos honorários periciais, a nova regra do art. 790-B da CLT dispõe que a “responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita”. Note-se que o dispositivo exige que haja sucumbência na pretensão objeto da perícia, e não quanto ao seu objeto. Como na ação autônoma não há dedução de pretensão de mérito, fica a dúvida quanto à aplicabilidade da responsabilidade de honorários periciais. Contudo, como a parte que requer a produção antecipada de prova deve justificar sua necessidade, caberá ao juiz fazer a análise para permitir o acesso à prova como medida de autocomposição e avaliação de possibilidade da ação principal, bem como para evitar excessos na produção de provas periciais, sem a responsabilidade pelos honorários.

Outro mecanismo capaz de instrumentalizar o autor, para desincumbir-se da obrigação de apresentar pedido certo, determinado e com a indicação do valor, é a exibição incidental de documento ou de coisa, prevista no art. 396 e seguintes do CPC, pela qual a parte pode requerer que o juiz ordene a parte contrária ou terceiro que os apresente. Assim, desde que justifique na petição inicial que deixa de apresentar pedido líquido por depender de documentos em poder da parte contrária ou terceiro, o autor poderá, após a eles ter acesso, complementar o pedido já formulado, indicando seu valor correspondente. Não se trata, aqui, de formulação de pedido novo, vedado fora das hipóteses do art. 329 do CPC, mas tão somente de complementação dos atributos do pedido já formulado e cuja liquidação a parte não tinha, quando do ajuizamento da ação, condições de fazê-lo.

Em conclusão, para as ações ajuizadas a partir do dia 11 de novembro de 2017, data de vigência da Lei nº 13.467, o pedido deve ser certo, determinado e com indicação do seu valor. Para desincumbir-se da obrigação processual, a parte pode manejar ação autônoma de produção antecipada de prova, nos termos dos art. 381 a 383 do CPC, para viabilizar a autocomposição ou para justificar ou evitar o ajuizamento da ação principal. Se assim não proceder e não

## DOUTRINA

tiver elementos para formular pedido líquido, deve justificar na petição inicial a adoção de pedido genérico, explicando para o juízo as razões que impossibilitaram a indicação de valor do pedido. Com isso, o juízo poderá analisar se a alegação tem respaldo nas exceções legalmente previstas no art. 324, § 1º, do CPC. O autor pode, ainda, quando a pretensão tiver fato gerador já exaurido em data anterior ao ajuizamento da ação, justificar a falta de indicação do valor e formular requerimento de exibição de documento ou coisa para, após, complementar o pedido com a indicação do valor. A justificativa do autor na adoção de pedido genérico, desde que ancorado nas hipóteses legais, evitará que o juízo faça a extinção imediata do pedido, como autorizado pelo § 3º do art. 840 da CLT, muito embora a atual principiologia do direito processual recomende a abertura de prazo para emenda, nos termos do art. 321 do CPC.

# UMA RETÓRICA MAÇANTE E DESAGRADÁVEL

Aloysio Corrêa da Veiga\*

“Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?” (excerto das Catilinárias de Cícero)

**D**e tempos em tempos surge, como represália a interesses contrariados, a ameaça de extinção da Justiça do Trabalho.

É como se a solução da crise estivesse no rompimento com a história, a possibilitar o encontro do progresso e do crescimento econômico no nosso país.

A magistratura trabalhista hoje é taxada por um grupo como sendo responsável pelo entrave ao crescimento econômico do Brasil.

O Direito do Trabalho, ramo especial do Direito, é fruto de conquista secular. Desde a origem, o trabalho nunca foi reconhecido como vetor de riqueza das nações, nem mesmo como meio de reconhecer princípio maior de plenitude e de dignidade do ser humano – basta a etimologia: *tripalium*, instrumento de tortura.

As nações evoluíram com fundamento na liberdade, no reconhecimento do homem como ser, e não pelos bens que possuía.

Documentos sociais revelaram a importância do homem como destinatário da ação do Estado: Rerum Novarum; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção Europeia e Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dentre os fundamentos do Estado moderno estão o direito ao trabalho e o direito do trabalho.

As garantias da liberdade como função do Estado e a dignidade da pessoa são frutos de uma conquista que foi transmitida para as novas gerações. Deixa o homem de ser escravo, servo e passa a ser sujeito destinatário da atividade

---

\* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; membro do Conselho Nacional de Justiça; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da Academia Brasiliense; membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; professor honoris causa da Universidade Católica de Petrópolis.*

## DOCTRINA

estatal. Cabe ao Estado a responsabilidade de promover os meios indispensáveis para assegurar este fim. A isso se dá o nome de bem-estar social.

Quem bem define este ideal é Victor Kathrein, como o “complexo de condições indispensáveis para que todo o elemento do estado atinja, na medida do possível, livre e espontaneamente, sua felicidade na terra”. Esse é o bem comum.

Nesse cenário, a Justiça do Trabalho se notabilizou como o órgão do Poder Judiciário responsável por manter o equilíbrio na difícil tarefa de harmonizar e solucionar o conflito, histórico e antagonico, entre capital e trabalho, promovendo a igualdade entre o “ter” e o “ser”, em que todos os matizes fossem ouvidos com a mesma atenção, cujo resultado se manifestou, sempre, na eficiência, na celeridade e na transparência de sua atuação. Grandes nomes, juristas de escol, divulgaram para o mundo o modelo a ser seguido. Eficiente e célere.

Acusam, injustamente, a Justiça do Trabalho de privilegiar o trabalhador em detrimento da classe empresarial. Há falsa verdade! O Judiciário se manifesta, quando provocado, aplicando a lei ao caso concreto. Quantas vezes ele se detém com o descumprimento de obrigações comezinhas. Quantas vezes repele ações improcedentes. Nada disso consta da relação dos detratores. O que se tem, de concreto, é uma estatística bem equilibrada em percentuais sobre os resultados que, justiça seja feita, são judiciosos e de qualidade. Contraria poderosos, não menos verdade, mas cumpre sua missão. Decisões que contrariam interesses não são motivos para se pretender a extinção do órgão do qual emanam.

A eventuais decisões que possam extrapolar parâmetros de normalidade, o Tribunal Superior do Trabalho tem dado a resposta. E o STF, como guardião da Constituição Federal, dá o rumo a seguir.

A reforma trabalhista, ora em vigor, tem acertos e desacertos, como toda norma legal que altera, em profundidade, comportamento, até então, vivenciado no cotidiano de uma realidade contemporânea.

Interpretar a norma legal, seu alcance e sua constitucionalidade, é função do Juiz. Para isso jurou ele, desde a sua investidura, cumprir a Constituição e as Leis da República. Aplicar a lei significa interpretá-la, como quer a Constituição Federal. Não cabe, no Estado Democrático de Direito, qualquer limitação à atuação do Juiz. Cabe ao Juiz interpretar a lei – desde que fundamentadamente.

A fundamentação é o meio único e eficaz de se retirar o arbítrio. É responder, com profundidade, a indagação do jurisdicionado. É garantia do Estado Democrático de Direito.

## DOCTRINA

Impedir a interpretação é calar a boca. É retroceder ao jusnaturalismo, porque Direito Natural não se interpreta. É ignorar Miguel Reale na sua Teoria Tridimensional do Direito – fato, valor e norma. É romper com o valor moral. Seria repristinar o célebre pronunciamento judicial, contado pelo Eminentíssimo Ministro Edgard Costa, na obra intitulada “Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal”, em especial quando trata do julgamento do suposto crime de hermenêutica de que fora vítima Alcides de Mendonça Lima, no final do século XIX e início do século XX, por ter emprestado, no caso concreto, interpretação diversa do Tribunal à norma contida na Lei estadual nº 19, de 16 de dezembro de 1895. A maestria da defesa de Rui Barbosa mostra, na sua memorável intervenção, o perigo de se criminalizar a opinião.

Não há lugar para acenar com a extinção de um ramo do Poder, notável na atuação, por crime de hermenêutica. Ameaçar extinguir a Justiça do Trabalho é consagrar a falta de conhecimento de um ramo do direito de sublime importância.

Parodiando, e pedindo permissão por alterar seu conteúdo, me inspiro no cancionário citado recentemente pelo Ministro Barroso: “O desconhecimento é filho da ignorância e pai do preconceito”.

Espero que o bem-estar social, aquele em que as condições mínimas – como boas estradas para carros não tão bons; boa saúde pública, onde não se necessita de grandes planos privados; e políticas sérias de geração de emprego – sejam o suporte para melhorar a vida de um contingente cada vez maior de desassistidos, a abrigar esses 200.000.000 de almas que habitam a nossa amada terra brasileira, sem esquecer da nossa gente e da nossa origem.

Do contrário, repetir-se-á a advertência de Cícero quando afirma: “O povo que esquece a sua história corre o risco de repetir tragédias”.

Vamos esperar que o equilíbrio e a prudência sejam a força motriz a inspirar toda e qualquer mudança de paradigma.

# GRUPOS SOCIETÁRIOS NO DIREITO DO TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA

Ana Frazão\*

## I – INTRODUÇÃO

Com o crescente protagonismo dos grupos societários no cenário empresarial, é cada vez mais claro que as noções de empresa e empresário não se confundem com a noção de pessoa jurídica, na medida em que podem ser mais amplas e mesmo transcendentais à personalidade individual de cada sociedade componente de um mesmo grupo. Se tal forma de organização empresarial apresenta inúmeras vantagens para as participantes, especialmente para aquelas que exercem o controle do grupo, traz igualmente uma série de preocupações para credores sociais e outros interessados, na medida em que pode ocultar o responsável por determinadas atividades ou dificultar a responsabilização.

Tal questão é particularmente preocupante para searas que, como o Direito do Trabalho, lidam com credores vulneráveis – os trabalhadores – e, exatamente por isso, precisam estar atentas ao princípio da primazia da realidade sobre a forma, a fim de saber quem exerce, de fato, o poder empresarial. Afinal, independentemente dos instrumentos jurídicos adotados, o titular do poder empresarial deve assumir as respectivas responsabilidades.

Por outro lado, a necessidade de tutela dos empregados não afasta a necessidade de que os grupos econômicos sejam identificados a partir de critérios consistentes e razoáveis, mesmo porque não há razão para a instituição de regime de responsabilidade cuja extensão atinja sujeitos que sequer tenham exercido qualquer tipo de poder empresarial.

---

\* Advogada e professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB; ex-conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015); ex-diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012); graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB; especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV; mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB; doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

A indefinição e as incertezas sobre o tema vêm tendo como consequência a dificuldade do estabelecimento de uma jurisprudência trabalhista coerente sobre o assunto, havendo tanto decisões que alargam excessivamente o conceito de grupo, como outras que o restringem de forma inadequada. Tais preocupações foram aumentadas com a chamada “Reforma Trabalhista”, na parte em que procurou disciplinar a questão dos grupos, trazendo novos desafios interpretativos.

É dentro dessa preocupação que se encontra o presente artigo, cuja finalidade é explorar os pressupostos para a configuração dos grupos societários, tanto sob uma perspectiva mais geral como sob a perspectiva do Direito do Trabalho, inclusive para o fim de oferecer parâmetros coerentes para a interpretação dos novos critérios propostos pela Reforma Trabalhista.

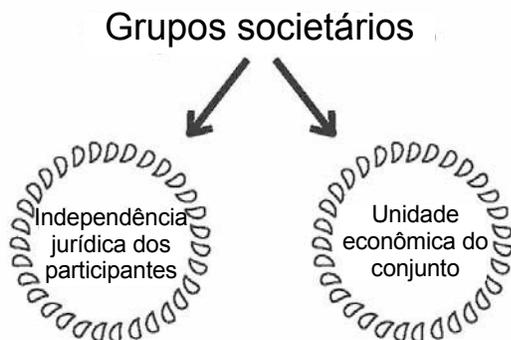
## II – PRESSUPOSTO ESSENCIAL DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS: A DIREÇÃO UNITÁRIA

Em qualquer que seja a área jurídica, o elemento mais importante para a definição de grupo societário é a existência da *direção econômica unitária* entre as sociedades participantes<sup>1</sup> ou, adotando-se as referências do direito estrangeiro, o que se chama de *unified management, einheitlicher Leitung, direction économique unitaire, unidad de dirección* ou *direzione unitaria*<sup>2</sup>.

Nesse sentido, Engrácia Antunes<sup>3</sup>, na obra que é considerada das mais importantes referências sobre o assunto, define o grupo como o “conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum”<sup>4</sup>.

Consequentemente, a definição de grupo societário envolve a necessária tensão entre a independência jurídica das participantes e a unidade econômica do conjunto, o que pode ser representado pela figura a seguir:

- 
- 1 Rachel Sztajn (Ensaio tipológico dos grupos de sociedades. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba [Org.]. *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas*. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994. p. 599) define os grupos precisamente a partir da unidade econômica e da direção unitária.
  - 2 Como ensina Engrácia Antunes (The governance of corporate groups. In: ARAUJO, Danilo; WARDE Jr., Walfrido [Org.]. *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27), o conceito de direção única é adotado pelas ordens jurídicas que têm uma lei geral sobre grupos, a exemplo da Alemanha e de Portugal, assim como prevalece na maioria dos outros países.
  - 3 Ver: ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 52.
  - 4 ANTUNES, op. cit., 2002, p. 52.



Tal descrição casa-se perfeitamente com a noção econômica de grupo, plasmada sobretudo a partir da contribuição de Ronald Coase<sup>5</sup>, que se notabilizou por ter oferecido explicação consistente sobre o que distinguiria a empresa do mercado: enquanto este é marcado pela coordenação, a primeira é caracterizada pela hierarquia, ou seja, pela existência de controle ou direção sobre suas atividades<sup>6</sup>.

Sob esta perspectiva, a teoria de Coase oferece a base econômica para a compreensão da realidade dos grupos societários, que podem ser considerados uma só empresa – a empresa plurissocietária – desde que as diferentes sociedades estejam sujeitas a apenas um poder de controle ou direção.

A ideia de controle, por sua vez, está relacionada à verificação de que as sociedades empresárias, ao lado dos seus órgãos tradicionais, apresentam igualmente centro de poder de natureza fática, que se exterioriza pela dominação ou soberania na condução da atividade empresarial<sup>7</sup>. Quando uma sociedade é sócia controladora de outra, pode utilizar tal poder para submeter a sociedade controlada aos seus interesses.

Ainda que existam muitas controvérsias sobre a sua caracterização, prevalece no direito brasileiro a orientação de que o controle apenas pode ser definido por meio de fórmulas flexíveis, dentre as quais a de que corresponde ao

5 COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 33-55.

6 Coase (op. cit., p. 54-55) utiliza os termos controle e direção como sinônimos, mas deixa claro que a hierarquia que se encontra na empresa (*firm*) é aquela que decorre do direito que o *master* tem de controlar e interferir sobre o trabalho do empregado (*the right to control the servant's work*). Esse mesmo fenômeno pode ser visto como direção (*direction*).

7 É o que sustenta Fábio Konder Comparato (*O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Forense, 2005. p. 363) ao afirmar que “o titular do controle exerce a soberania societária”.

poder supremo da sociedade e à prerrogativa de dirigir a atividade empresarial e de dispor do patrimônio social com certa estabilidade<sup>8</sup>. Vale ressaltar que tal premissa está em sintonia com a Lei nº 6.404/76, que definiu o controlador a partir da efetividade do seu poder na assembleia geral, sem restringi-lo a parâmetros fechados.

Certamente que o controle é uma chave importante para a compreensão da direção unitária entre diversas sociedades. Entretanto, o que caracteriza o grupo não é a mera existência de um controlador comum, mas sim o fato de o controle ser utilizado como meio de implementação de uma direção única entre as sociedades. Por outro lado, havendo a unificação da direção, ainda que por outros mecanismos que não o controle, estar-se-á igualmente diante de um grupo<sup>9</sup>.

Em decorrência, persiste como critério mais adequado para a caracterização dos grupos a direção unitária, vista a partir de um conjunto de estratégias baseadas na existência de uma política geral do grupo (*group planning process*), que se projeta sobre as áreas importantes de atuação das sociedades agrupadas, tais como a comercial, a laboral, a de produção e de vendas, a de controle e de gestão da marca, entre outras.

Embora não seja fácil descrever a direção unitária, Engrácia Antunes<sup>10</sup> entende que ela poderia ser compreendida a partir dos seguintes aspectos: (i) filosofia geral comum ao grupo (*general business philosophy of the group*); (ii) estrutura geral comum ao grupo (*general group structure*); (iii) objetivos e estratégias comuns ao grupo (*general group goals and strategy*); (iv) política geral de funcionamento do grupo em áreas como *marketing*, produtos, finanças e pessoal (*main functional areas of group management*); e (v) supervisão sobre a execução de todos os aspectos acima mencionados (*supervision*), o que enseja a criação de estruturas de controle interno, inclusive no que diz respeito ao gerenciamento de risco (*risk management system at a group level*).

A figura seguinte representa os principais critérios de identificação da direção unitária:

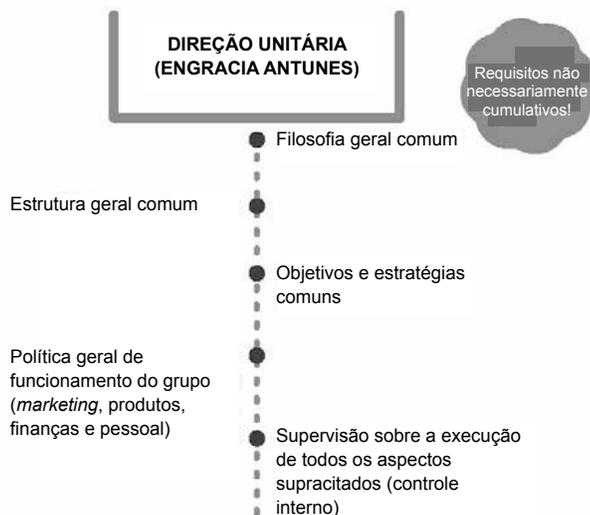
---

8 Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 486-487) define o controlador como o titular do poder efetivo de direção dos negócios sociais, situação que se caracteriza por uma relativa estabilidade. Outro traço característico do poder de controle, muito destacado pela doutrina, é a efetividade (por todos, ver: WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 36, n. 110, p. 7-15, abr./jun. 1998, p. 12).

9 FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência*: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 170-173.

10 ANTUNES, op. cit., 2012, p. 38 e 55.

## DOCTRINA



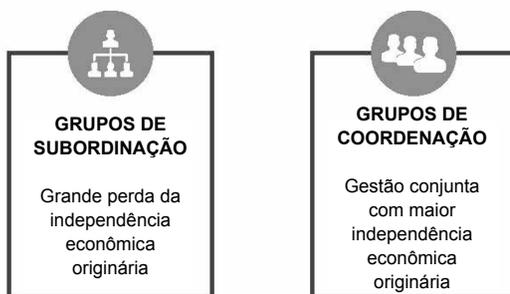
Obviamente que tais requisitos não são necessariamente cumulativos, motivo pelo qual nem todos os grupos apresentam todos eles em conjunto. Por essa razão, ensina Engrácia Antunes<sup>11</sup> que o elemento característico da direção unitária de qualquer grupo é precisamente a unidade da política financeira, o que permite centralizar as decisões relacionadas à afetação dos lucros distribuíveis, à constituição de reservas, às prioridades de investimento, à concessão de créditos e, sobretudo, às fontes de financiamento.

Em relação aos demais aspectos, as políticas uniformizadoras dos grupos podem implicar distintos graus de integração entre as sociedades participantes, que vão desde a ampla centralização até a estruturas que permitem maior descentralização e coordenação. Daí por que a doutrina faz distinção entre os *grupos de subordinação*, nos quais é grande a perda da independência econômica originária das sociedades controladas, estabelecendo-se uma rígida hierarquia entre a sociedade controladora ou sociedade-mãe e as controladas ou filhas, e os *grupos de coordenação*, nos quais todas as sociedades participam da gestão conjunta<sup>12</sup>:

11 ANTUNES, op. cit., 2002, p. 116-117.

12 Engrácia Antunes (op. cit., 2012, p. 32) afirma que, ao menos teoricamente, grupos de fato apresentam, na melhor das hipóteses, um modelo bastante descentralizado no qual a gestão uniforme somente pode ser exercida de maneira segura com um baixo controle central e altos níveis de autonomia local. Logo adiante, mostra que centralização e descentralização são dois modelos organizacionais de sistematização dos grupos empresariais: se a empresa-mãe fornece um alto nível de autonomia e autodeterminação para diretores subsidiários, o grupo empresarial será considerado um grupo descentralizado; se for exercido um controle estrito sobre a direção subsidiária e sobre os negócios, considerar-se-á um grupo

## DOCTRINA



Contudo, por mais que haja maior autonomia econômica das sociedades participantes de um grupo de coordenação, é necessário haver entre elas uma direção econômica unitária<sup>13</sup>, sem o que não há um grupo societário. Logo, certa dose de subordinação econômica é inerente aos grupos: o que varia entre os grupos de subordinação e coordenação é apenas o grau de subordinação<sup>14</sup>.

Se houvesse entre as sociedades mera relação de coordenação, não se estaria diante de um grupo – uma empresa plurissocietária –, mas sim diante de relações de mercado. Como ficou claro desde a obra de Coase, o que caracteriza a empresa é precisamente o elemento hierárquico, motivo pelo qual, mesmo nos grupos de coordenação, não deixa de haver uma hierarquia entre a direção unitária compartilhada pelas sociedades e a direção individual de cada uma<sup>15</sup>.

centralizado (ibidem, p. 34). Segundo Teubner (Unitas Multiplex: a organização do grupo de empresas como exemplo. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 77-110, jun./dez. 2005, p. 97), a complexidade da organização empresarial na contemporaneidade produz estruturas intrincadas de descentralização decisional, de maneira que a simples redução à subordinação a uma empresa-mãe não permite que o grupo dê conta da interação existente entre a multiplicidade de centros autônomos de ação econômica cuja coordenação dificilmente será obtida tão somente através da análise do vértice hierárquico do grupo. É por essa razão que Teubner defende que o grupo empresarial não deve estar identificado com uma tradicional estrutura hierárquica, mas sim com uma “rede” (Netzwerk) que substitui as noções de poder de controle e direção pela empresa-mãe pela ideia de coordenação de centros de ação autônomos.

- 13 Engrácia Antunes (op. cit., 2002, p. 80) faz distinção entre grupos de subordinação e coordenação, afirmando que, apesar da maior autonomia jurídica das agrupadas no segundo tipo, sempre haverá a necessidade de uma direção econômica unitária.
- 14 Daí a definição de Engrácia Antunes (op. cit., 2002, p. 607) de que “o grupo societário representa genericamente um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, mantendo formalmente a sua individualidade jurídica própria, se encontram subordinadas, *em maior ou menor grau*, a uma direção econômica unitária e comum” (grifos nossos).
- 15 Vale ressaltar a lição de Jorge Lobo (Direito dos grupos de sociedades. *Revista dos Tribunais*, v. 88, n. 763, p. 20-40, maio 1999, p. 32): “Anoto-se, a propósito, ainda, a acertada observação de Anne Petit e Pierre Sauvain: ‘A gestão unitária pode ser centralizada e descentralizada, hierárquica ou colegial, pode traduzir-se numa intervenção constante nos negócios das filiais ou limitar-se à definição das grandes linhas de conjunto da respectiva política: ela estará sempre, e como quer que seja, presente e far-se-á sempre sentir para reprimir as atitudes incompatíveis com o espírito e os interesses do grupo, ou simplesmente, de sua organização’”.

Isso mostra que a ideia de direção única não é incompatível com a coordenação, razão pela qual o direito alemão admite o chamado grupo igualitário, definindo-o a partir de uma direção única sem relação de dominação ou de dependência entre as sociedades-membros (§ 18, II, da *Aktiengesellschaftsgesetz – AktG*<sup>16</sup>).

Portanto, não se pode confundir direção unitária com subordinação absoluta nem com centralização. Mesmo nos grupos de coordenação haverá certo grau de hierarquia, embora de natureza diversa daquela encontrada nos grupos de subordinação, pois as direções individuais se submeterão também à direção única que as sociedades estabelecem em conjunto. Por outro lado, como se verá a seguir, mesmo nos grupos de subordinação de fato, há que se manterem certos aspectos de independência das sociedades participantes, não podendo haver submissão total das participantes à política global do grupo<sup>17</sup>.

Todas essas considerações, como será mais bem explorado a seguir, aplicam-se ao Direito do Trabalho pois, por mais que este possa apresentar peculiaridades que exijam algumas adaptações, estas não podem se afastar do cerne essencial da própria ideia de grupo, que é a direção unitária.

### III – A DIREÇÃO UNITÁRIA DECORRENTE DO CONTROLE

Como mencionado anteriormente, o elemento primordial para a caracterização dos grupos societários, em qualquer que seja a seara jurídica, é a existência da direção unitária. Entretanto, para parte da doutrina, apenas se pode compreender a direção unitária a partir da noção de controle, de forma que os grupos societários poderiam ser vistos essencialmente como uma questão do controle de uma sociedade sobre outras<sup>18</sup>.

Tal postura mostra a existência de divergência sobre o critério preponderante para a caracterização dos grupos: se o controle ou a direção unitária. Afinal, partindo-se da premissa de que a segunda é mais abrangente que o primeiro, não estando necessariamente a ele vinculada, abre-se a discussão sobre outras origens ou instrumentos de implementação da direção unitária que não apenas o controle<sup>19</sup>.

---

16 Reza o dispositivo que as empresas legalmente independentes entre as quais há dependência de fato entre uma e outra pela direção unitária também formam grupo.

17 FRAZÃO, op. cit., p. 181-182.

18 É o que leciona Rachel Sztajn (op. cit., p. 600): “Os grupos resultantes da participação de uma sociedade no capital de outras, qualquer que seja a forma – piramidal, radial, estelar, sucessiva – resultam de poder de controle societário”.

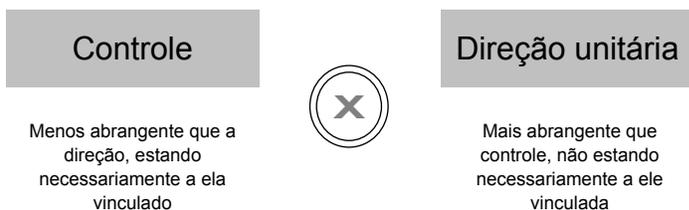
19 FRAZÃO, op. cit., p. 177.

## DOCTRINA

Verdade seja dita que, comumente, a discussão ora posta é mais conceitual do que pragmática, até porque, no mais das vezes, controle e direção unitária são a causa e a consequência dos grupos societários. Por essa razão, mesmo os países que procuram regulamentar os grupos a partir de uma perspectiva de direção unitária que se distancie do controle acabam chegando a resultados muito similares aos alcançados por países que utilizam o controle como elemento característico<sup>20</sup>.

Logo, em muitos casos, as diferenças apontadas não são necessariamente substanciais, mas apenas de perspectiva: ao se explicar os grupos pelo controle, enfatiza-se a sua causa ou instrumento, enquanto que, ao se explicar os grupos pela direção unitária, enfatiza-se o efeito do controle. Entretanto, o critério mais adequado é realmente o da direção unitária<sup>21</sup>, pois é possível que esta decorra de outras causas que não propriamente o controle, como será visto adiante.

Podem-se exemplificar, portanto, as diferenças entre o controle e a direção unitária da seguinte maneira



Não obstante, é muito comum, no direito comparado, que as legislações priorizem como critérios definidores dos grupos não propriamente os seus efeitos práticos – a direção unitária –, mas sim os meios ou instrumentos para a sua constituição<sup>22</sup>. Tal abordagem possibilitaria uma classificação preliminar dos grupos em três grandes categorias:

20 Ver: PRADO, Viviane. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 146-147.

21 Pablo Perandones (El régimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma. In: ARAUJO, Danilo; WARDE Jr., Walfrido [Org.]. *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63-64) faz uma interessante análise da discussão no direito espanhol, salientando ora a existência de leis que adotaram o critério do controle, ora de leis que adotaram o critério da direção unitária para a definição dos grupos. Entretanto, salienta que, a partir da Ley 27/99, o legislador empregou uma terminologia específica de grupos paritários, que põe em relevo a direção econômica unificada.

22 FRAZÃO, op. cit., p. 179.

## DOCTRINA

(i) os *grupos de direito*, instituídos por contratos – a chamada “convenção de grupo” – que subordinam as sociedades-filhas à sociedade-mãe, motivo pelo qual são normalmente grupos de subordinação;

(ii) os *grupos de fato*, instituídos pelo mero exercício do controle de uma sociedade sobre outras, sem contrato formal de constituição de grupo, de forma que, conforme a utilização do poder de controle, pode haver tanto um grupo de subordinação como um grupo de coordenação; e

(iii) os *grupos pessoais*, instituídos pela coincidência das administrações de diversas sociedades, que agem de forma coordenada, numa espécie de controle gerencial compartilhado, motivo pelo qual tais grupos são normalmente de coordenação.

No caso brasileiro, o art. 265 da Lei nº 6.404/74 define o chamado *grupo de direito* a partir da convenção de grupo, instrumento adotado para disciplinar o exercício, de modo permanente, do poder de controle da controladora sobre a controlada para fins de combinação de recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou para participar de atividades ou empreendimentos comuns. Tais grupos, que não fazem parte da prática brasileira, podem ser constituídos por qualquer forma de controle, desde que de “modo permanente”<sup>23</sup>.

Por outro lado, os *grupos de fato*, muito comuns no Brasil, são caracterizados não por qualquer convenção ou contrato, mas sim pela efetiva existência de poder controle, nos termos do art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76, segundo o qual “considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Consequentemente, qualquer controle que decorra do exercício de direitos de sócio – totalitário, majoritário e mesmo o minoritário – é idôneo para constituir um grupo de fato, desde que seja exercido com a finalidade de impor uma hierarquia comum a todas as sociedades que lhe estejam vinculadas<sup>24</sup>. Dessa maneira, o que importa é a existência de *controle em prol de uma direção unitária*.

---

23 É o que resulta igualmente da interpretação sistemática deste artigo com o art. 116 da Lei nº 6.404/76, que adota uma noção ampla de controlador, mas também exige o requisito da permanência.

24 No direito italiano, a atual redação do art. 2497 do *Codice Civile* assenta a ideia de grupo na direção ou coordenação de uma sociedade sobre outras por qualquer que seja o meio. No direito português, o art. 482 do Código das Sociedades Comerciais parte da noção de base de sociedades coligadas, dividindo-as em quatro tipos: (i) sociedades em relação de simples participação, (ii) sociedades em relação de participações recíprocas, (iii) sociedades em relação de domínio e (iv) sociedades em relação de grupo.

Esse aspecto é importante porque a definição dos grupos pelo controle não dispensa o requisito da direção unitária, motivo pelo qual o controle precisa ser exercido de acordo com estratégia unificada e voltada para a política global do grupo. Daí Viviane Prado<sup>25</sup> falar em controle qualificado, “caracterizado pela integração da sociedade controlada à política grupal”.

Por outro lado, essa integração, no caso dos grupos de fato, não pode ser total, de forma a levar à completa subordinação das sociedades participantes. Com efeito, a Lei nº 6.404/76 exige, especialmente nos arts. 115 e 246, o respeito aos interesses da controlada, sob pena de configurar abuso de poder de controle ou mesmo conflito de interesses<sup>26</sup>. Cria-se, portanto, um contexto propício aos chamados grupos de coordenação ou híbridos, nos quais a subordinação seja compatível com o grau de independência de cada sociedade imposto pela lei.

Por fim, cumpre ressaltar que a direção unitária pode decorrer da coincidência das composições das administrações das sociedades agrupadas, como ocorre nos chamados grupos pessoais<sup>27</sup>. Isso não quer dizer que o mero fato de alguém ser administrador de duas sociedades seja suficiente para configurar, por si só, o grupo societário<sup>28</sup>, mas que tal circunstância pode ser um importante instrumento para a implementação da direção unitária.

Vale ressaltar que, no caso das sociedades de pessoas em que são os próprios sócios que administram os negócios, a coincidência ou a identidade de sócios normalmente leva à coincidência ou à identidade de administradores, circunstância normalmente caracterizadora de grupo pessoal com base em direção unitária, como se verá mais adiante.

---

Obviamente, apenas há que se cogitar de grupo, pelo menos para efeitos societários, nas duas últimas hipóteses, únicas em que existe efetivamente uma direção unitária. Segundo Engrácia Antunes (op. cit., 2002, p. 483-484), o legislador português não tomou uma posição definitiva sobre os meios ou instrumentos idôneos para criar uma posição de influência dominante de uma sociedade sobre outras, motivo pelo qual são considerados meios adequados as ligações societárias, os contratos e as puras relações de dependência econômica, dentre outros.

25 Ver: PRADO, op. cit., 2006, p. 305.

26 Ver, sobre o tema: PRADO, Viviane. Grupos societários: análise do modelo da Lei nº 6.404/76. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 5-28, jun./dez. 2005, p. 18.

27 Orlando Gomes e Antunes Varela (Os grupos e a relação de trabalho. In: GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 239) referem-se à importância do chamado grupo pessoal para o Direito Trabalho, que seria aquele decorrente da “unidade de comando de serem dirigidos pelos mesmos diretores”.

28 Nesse sentido, ver: CAMPINHO, Sérgio. A responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo de fato. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 11, p. 93-120, jul./dez. 2012, p. 106-107; MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. v. 1. p. 300.

## DOCTRINA

Verdade seja dita que o tema dos grupos pessoais tem sido mais estudado à luz das sociedades anônimas, nas quais há uma distinção mais clara entre os acionistas e os administradores. Nesse contexto, a possibilidade de implementação de direção unitária a partir da coincidência total ou parcial da composição dos órgãos administrativos de distintas sociedades vem despertando a atenção para o fenômeno dos *interlocking directorates*, termo utilizado para designar as hipóteses em que a mesma pessoa ou pessoas com relação de parentesco direto assumem cargos de administração em mais de uma sociedade e podem, por meio disso, implementar distintos graus de coordenação entre as sociedades que estão sob a sua direção<sup>29</sup>.

Embora não haja tratamento legislativo específico sobre o assunto, tal situação é cada vez mais comum no Brasil, considerando que a legislação societária não tem mecanismos idôneos para evitar a coincidência de administradores mesmo entre sociedades aprioristicamente concorrentes<sup>30</sup>.

Tais considerações evidenciam que a direção unitária pode vir de outros mecanismos que não apenas o controle decorrente de participações societárias. Havendo direção unitária entre as sociedades sujeitas ao *interlocking*, pode-se cogitar perfeitamente um controle gerencial compartilhado, circunstância suficiente para a configuração de grupo societário – na modalidade de grupo pessoal –, ainda que a sua identificação seja normalmente mais complexa do que a dos já tradicionais grupos de direito e grupos de fato. O mesmo fenômeno pode acontecer nas sociedades de pessoas, em que a direção unitária decorra da identidade de composição societária e administração.

De toda sorte, considerando a origem dos grupos societários, poderíamos dividi-los em três grandes categorias (cf. figura a seguir).

O que verdadeiramente importa é que, qualquer que seja a forma ou o instrumento de estruturação das relações entre as sociedades, precisa haver direção unitária para que haja grupo, orientação que se aplica igualmente ao Direito do Trabalho.

---

29 FRAZÃO, op. cit., p. 183-186.

30 Basta lembrar que, embora a Lei nº 6.404/76 proíba a eleição para o Conselho de Administração de indivíduo que ocupe cargos em conselhos consultivos, de administração ou fiscal em sociedades que possam ser consideradas concorrentes, a regra pode ser afastada em caso de autorização da Assembleia Geral. O mais grave é que muitos entendem que o afastamento da norma pode decorrer de um simples ato de vontade da Assembleia, ainda que se esteja diante de hipótese em que conflitos de interesse ou mesmo coordenações sejam prováveis. Assim, o *interlocking* acaba sendo legitimado por meio das autorizações das próprias sociedades.

## DOCTRINA

### GRUPOS DE DIREITO

- contratos (convenção de grupo)
- normalmente de subordinação



### GRUPOS DE FATO

- mero exercício do controle (sem contrato formal)
- subordinação e coordenação



### GRUPOS PESSOAIS

- controle gerencial compartilhado
- identidade entre sócios e administradores
- normalmente de coordenação



Consequentemente, as reflexões sobre os diferentes mecanismos de controle para a configuração dos grupos não dispensam a necessidade de se verificar o efeito prático de tais mecanismos para a implementação de uma direção unitária entre as participantes, ainda que esta não exija necessariamente nem a subordinação nem uma estrutura centralizada, tal como se procurou demonstrar no capítulo anterior.

## IV – DIREÇÃO UNITÁRIA E INFLUÊNCIA SIGNIFICATIVA

Já se viu anteriormente que, para parte da doutrina, o problema dos grupos é essencialmente um problema de controle, qualquer que seja a modalidade em que este seja exercido. Por essa perspectiva, até mesmo o grupo pessoal, em sua visão tradicional, decorrente da coincidência total ou parcial de administradores, pode ser visto como decorrência de controle gerencial – exercido pelos administradores – em prol do interesse do grupo.

Entretanto, a realidade atual, como acentua Ronald Dore<sup>31</sup>, vem sendo marcada pela fragmentação e desverticalização da empresa, o que se projeta igualmente sobre a desagregação e a pulverização do poder empresarial. Em outras palavras, o poder empresarial deixa de estar necessariamente concentrado – como na hipótese do controle, que envolve uma dominação –, e passa a ser exercido por outras formas mais sutis, mas que nem por isso deixam de ser relevantes.

Daí as atenções terem se voltado na atualidade para a ideia de influência significativa, posição societária inferior ao controle, já que não envolve a dominação ou o comando de uma sociedade por outra, mas superior à mera

31 DORE, Ronald. Goodwill and market capitalism. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 361-365.

participação societária (investimento passivo ou societário), motivo pelo qual pode ter importantes consequências jurídicas, inclusive para o fim de possibilitar a configuração de um grupo societário<sup>32</sup>.

Veja-se, em primeiro lugar, que a ideia de influência significativa não é incompatível com o controle. Muito pelo contrário, parte da premissa de que as duas situações coexistem: enquanto determinado agente exerce o controle, outro(s) agente(s) pode(m) exercer influência significativa e, de alguma maneira, moldar o próprio exercício do controle. O que importa é que, havendo influência significativa como instrumento de implementação de direção unitária entre a sociedade que a exerce e a sociedade “influenciada” – caso em que o titular da influência significativa exerce o seu poder sobre o controlador da sociedade influenciada –, estar-se-á diante de grupo societário entre elas<sup>33</sup>, inclusive para efeitos do Direito do Trabalho<sup>34</sup>.

Ressalta-se que a Lei nº 11.941/09, ao modificar a Lei nº 6.404/76, ofereceu importantes critérios para a compreensão da influência significativa, já que agora são consideradas coligadas “apenas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa” (§ 1º do art. 243).

É interessante notar que a redação original da Lei nº 6.404/76 entendia como coligada toda sociedade que detivesse participação societária igual ou superior a 10% em outra sociedade sem controlá-la. Todavia, a nova redação da Lei nº 6.404/76 reforça que a simples titularidade de participação societária superior a 10% é irrelevante para efeitos societários. O que verdadeiramente importa é saber se desta participação surge uma influência significativa, o que se traduz na interferência sobre a sociedade coligada, ainda que em grau menor do que o da dominação que caracteriza o controle.

Para evitar compreensões indevidas, a própria Lei nº 6.404/76, em novos parágrafos acrescentados pela Lei nº 11.941/09, definiu a influência significativa como a situação em que “a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la” (§ 4º do art. 243), prevendo igualmente que “é presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la” (§ 5º do art. 243).

---

32 FRAZÃO, op. cit., p. 186-189.

33 Ver: WARDE Jr., Walfrido. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência. In: ARAUJO, Danilo; WARDE Jr., Walfrido (Org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120.

34 Ver: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Grupo econômico: implicações no direito da concorrência, no direito societário e sua repercussão no direito do trabalho. In: DONNINI, Rogério; CARRAZZA, Roque (Coord.). *Temas atuais de direito*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 355.

Já se vê que apenas se cogita de influência significativa quando se tem “o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida”, sendo mera presunção relativa a de que a participação societária superior a 20% implica a influência significativa<sup>35</sup>.

Mesmo com o delineamento legal, é correta a advertência de Valladão e Adamek<sup>36</sup> de que a influência significativa constitui conceito jurídico indeterminado e de difícil definição. Entretanto, inspirados pela doutrina italiana, os autores procuram conceituar a influência significativa como a participação que, embora não seja suficiente para determinar as estratégias da sociedade participada, o é para assegurar a ingerência sobre questões fundamentais de política financeira ou operacional desta.

Ora, já se viu anteriormente que a unificação da política financeira ou operacional é uma das principais características da direção unitária, motivo pelo qual, definida a influência significativa a partir da ingerência sobre este ponto fulcral da sociedade investida, é inequívoco que se está diante de instrumento que pode configurar grupo societário entre a sociedade que exerce a influência significativa e a sociedade investida, desde que, a partir dele, seja implementada a direção unitária entre as sociedades envolvidas. Todavia, a constatação do grupo a partir da influência significativa será ainda mais complexa, pois dependerá igualmente da investigação da relação entre os detentores do controle e os detentores da influência significativa, até para verificar a configuração de poder da qual resulta a direção unitária.

---

35 Para Tullio Ascarelli (*Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 693), a coligação de sociedades ocorre através de conexão econômica relevante, independentemente do instrumento jurídico utilizado, como se percebe do excerto a seguir transcrito: “No primeiro sentido poderíamos falar em coligação de sociedades, toda vez que houvesse entre elas uma conexão econômica, qualquer que fosse o instrumento jurídico usado; em sociedade controlada toda vez que tal conexão fosse de molde a acarretar a possibilidade de uma sociedade influir decisivamente sobre a outra. Nesta acepção o conceito é extremamente vasto e pouco preciso, pois assim entendida, a coligação poderia resultar dos mais variados contratos jurídicos: aluguel de estabelecimentos; contratos de venda, compra e representação com exclusividade; contratos para exploração de patentes; contratos de consórcio e cartel; identidade de diretores (*interlocking directorates*); participação de uma sociedade em outra; simultânea participação de uma sociedade financeira em mais sociedades exploradoras da mesma atividade comercial; contrato entre várias sociedades para distribuir entre si os lucros de todas elas (chamado *pool*); transmissão fiduciária das ações de duas ou mais sociedades a um ou mais fiduciários comuns para alcançar, assim, uma unificação de todo o conjunto das ações (ou dos bens) (o que corresponde ao *trust* em sentido próprio, ou seja, no sentido correspondente ao alcance deste instituto no direito anglo-saxônio em geral)”.

36 FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N.; ADAMEK, Marcelo Vieira. O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 50, n. 159/160, jul./dez. 2011, p. 45-46.

## DOCTRINA

A mesma orientação pode ser aplicada às sociedades limitadas, em relação às quais persiste a definição de coligação prevista no art. 1.099 do Código Civil, que, a exemplo da redação originária da Lei nº 6.404/76, prevê que “diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”. Entretanto, é igualmente certo que o critério fundamental para a constatação da influência significativa é o poder dela decorrente.

Dessa forma, a noção de influência significativa é também de fundamental importância para a verificação da existência de grupo societário, embora gere grandes desafios não apenas para a sua identificação, como também para a atribuição das consequências jurídicas daí resultantes. Afinal, restaria saber em que medida a sociedade que exerce influência significativa sobre outra estaria sujeita ao mesmo grau de responsabilidade da sociedade controladora. Se o poder desta última é maior, seria de se esperar que o seu grau de responsabilidade fosse igualmente maior, não fazendo sentido se equiparar, para efeitos da responsabilização, de forma absoluta e apriorística, agentes que exercem poderes empresariais distintos tanto em termos qualitativos como quantitativos.

Por essa razão, no atual contexto de desagregação da empresa, é necessário que a regulação jurídica possa desenvolver mecanismos de gradação e calibração, a fim de imputar aos agentes econômicos responsabilidades que sejam proporcionais ao seu grau de intervenção na atividade econômica. A mera constatação do grupo societário a partir da influência significativa é insuficiente para dar uma adequada resposta para a extensão da responsabilidade das participantes do grupo, como se verá em seguida, a partir do exame mais abrangente do regime de responsabilidade previsto pela própria CLT.

### V – GRUPO SOB A PERSPECTIVA DA CLT ANTES DA REFORMA

Todas as questões previamente exploradas aplicam-se, como regra, ao Direito do Trabalho, pois dizem respeito ao cerne do conceito de grupo societário. Entretanto, é inequívoco que a discussão, no âmbito trabalhista, precisa considerar as peculiaridades desta seara, até porque o empregado não pode ser considerado um mero credor social, seja em razão de ser um componente fundamental da própria empresa, seja em razão da sua vulnerabilidade. Por outro lado, os parâmetros gerais da configuração dos grupos

societários precisam ser testados à luz dos critérios específicos previstos pela legislação trabalhista.

Nesse sentido, é importante destacar inicialmente que a discussão sobre grupos no Direito do Trabalho não pode se confundir com a discussão sobre o conceito de “empregador real”, embora evidentemente possa haver área de sobreposição entre as duas ideias. Para entender melhor o foco da análise, é necessário compreender a real extensão do art. 2º da CLT, que assim previa antes da reforma:

“Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Considerados o texto e os propósitos da CLT, a interpretação adequada da relação entre o *caput* e o § 2º do art. 2º é a de que as duas normas tratam de coisas distintas. No *caput*, a CLT define o empregador real, o empresário, aquele que assume os riscos da atividade econômica e exerce o *poder diretivo*, na medida em que “admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço”.

Assim, a definição de empregador real não é sinônima de grupo, pois não se baseia na mera existência de *poder de controle geral* ou mesmo de *direção unitária* – elementos configuradores de grupo, que podem se projetar sobre vários aspectos das sociedades participantes que não sejam a política de pessoal ou o exercício de poder diretivo – mas sim na existência de um critério mais restritivo, relativo ao *poder diretivo*, que diz respeito à condução dos trabalhadores. Assim, os critérios para a identificação do empregador real e do grupo são distintos:

## DOCTRINA

### EMPREGADOR

- Poder diretivo
- Responsabilidade direta e solidária pelas dívidas trabalhistas



### GRUPO

- Direção unitária
- Poder de comando geral
- Solidariedade *sui generis* ou subsidiariedade

Por mais que o *poder diretivo* possa ser visto como emanção do poder de controle<sup>37</sup>, é indubitavelmente mais específico. Consequentemente, o conceito de empregador real é muito mais restrito do que o de grupo societário, motivo pelo qual não podem ser consideradas empregadoras todas as sociedades de um grupo societário, mas tão somente aquelas que exercem poder diretivo. Pela mesma razão, em grupos societários nos quais os empregados prestam serviços para várias das sociedades participantes, todas que exercerem o poder diretivo podem ser consideradas empregadoras<sup>38</sup>, ainda que somente uma delas seja a empregadora formal.

Se, de forma contrária, a existência do grupo societário não repercute no poder diretivo que cada sociedade exerce sobre seus respectivos empregados, somente será considerada empregadora real a sociedade que exerce o poder diretivo. As demais sociedades podem até responder pelas dívidas trabalhistas, mas não por serem empregadoras<sup>39</sup> e sim por fazerem parte do grupo a que pertence a empregadora, já que o mencionado § 2º determina a responsabilidade das sociedades integrantes do grupo pelas dívidas trabalhistas da sociedade-empregadora<sup>40</sup>.

37 Vale ressaltar, sobre o tema, a lição de Octavio Bueno Magano (*Os grupos de empresas no direito do trabalho*. São Paulo: RT, 1979. p. 249): “O poder diretivo, concebido como emanção do poder de controle, se triparte em poder diretivo propriamente dito, em poder de fiscalização e em poder disciplinar”.

38 Parece ser essa a *ratio* da Súmula nº 129 do TST, segundo a qual “a prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário”. Havendo um empregador único, o contrato de trabalho também será único.

39 Maria do Rosário Ramalho (*Grupos empresariais e societários*. Incidências laborais. Coimbra: Almedina, 2008. p. 392) é clara ao mostrar que, se o trabalhador é contratado por apenas uma sociedade do grupo e ali presta suas atividades, apenas esta pode ser considerada empregadora.

40 Adverte-se, entretanto, que a questão é controversa. Délio Maranhão (Grupo de sociedades, empregador único e a chamada solidariedade ativa. *Revista LTr*, v. 45, n. 2, p. 137-139, fev. 1981, p. 139) defende que o grupo é, na verdade, o empregador, inclusive para efeitos da existência de uma solidariedade ativa, de modo que “o grupo possa agir como tal, na condição mesma que justifica aquela solidariedade, ou seja, na condição de empregador único”.

## DOCTRINA

Tal distinção é importante pois somente as sociedades consideradas empregadoras, por exercerem poder diretivo, têm responsabilidade direta e solidária pelas dívidas trabalhistas. Como se verá adiante, a responsabilidade das sociedades componentes do grupo que não exercem poder diretivo não é propriamente direta – pois não são consideradas empregadoras – não propriamente solidária. Daí se poder representar graficamente a diferenciação mencionada da seguinte maneira:



Feitos esses esclarecimentos, é importante destacar que, no tocante aos requisitos de configuração dos grupos societários, a CLT, antes da reforma, não se afastava das noções estruturais do Direito Societário: também na seara trabalhista, o grupo era definido pela direção, controle ou administração comum. Como já se viu que o controle ou a administração comum são instrumentos para a viabilização da direção comum, este acaba sendo o critério mais importante. É importante destacar que, ao mencionar a administração comum, a CLT acertadamente reconheceu expressamente a existência dos grupos pessoais.

Isso reforça a posição, já defendida anteriormente no presente estudo, de que a noção de grupo para o Direito do Trabalho, longe de ser antagonista à do Direito Societário, é semelhante, na medida em que se baseia igualmente na direção unitária, tal como expressamente previsto pela própria CLT.

Verdade seja dita que, na doutrina e jurisprudência trabalhistas, é comum a referência a outros indicadores para a configuração de grupos, tais como a existência de empresa comum ou de unidade econômica e social. Entretanto,

tais critérios não se afastam da direção unitária, sendo, em muitos casos, com ela coincidentes. Por essa razão, a CLT nem mesmo precisava ter mencionado o controle ou a administração, tendo em vista que estes dois elementos são normalmente importantes causas da direção unitária, mas que não são as únicas. Com efeito, hoje já se reconhece que a direção unitária pode decorrer de outras situações, tais como influência significativa ou laços exclusivamente contratuais, como ocorre em contratos associativos, dentre os quais se destacam *joint ventures* e consórcios<sup>41</sup>.

Mesmo no que diz respeito ao critério da empresa comum, é importante destacar a minuciosa análise de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, ao mostrar as dificuldades de se definir os grupos no Direito do Trabalho a partir de critérios tão fluidos e controversos, como o conceito econômico ou jurídico de empresa ou mesmo a ideia de um interesse comum do grupo<sup>42</sup>.

De toda sorte, ainda que se buscasse a noção mais usual de empresa, que a considera como atividade ou empreendimento comum, tal como previsto no art. 966 do Código Civil, é inequívoco que tal conceito tem inúmeras interpenetrações com o conceito de empresário e também de direção, motivo pelo qual o próprio critério da direção única já contemplaria as referidas preocupações. Já a noção de unidade econômica e social é apenas uma forma de se avaliar a direção única ou a administração única, oferecendo indicadores mais definidos e precisos para esse objetivo<sup>43</sup>.

Assim, aplicam-se aos grupos na seara trabalhista as mesmas conclusões já expostas até agora, inclusive as relativas aos grupos de coordenação. Este ponto é importante, porque há grande controvérsia na doutrina trabalhista sobre a necessidade ou não da dominação para a caracterização de grupos. Uma vertente expressiva adota a necessidade de subordinação hierárquica das sociedades agrupadas por meio de técnicas de controle patrimonial<sup>44</sup>. Porém, para a outra vertente, seria possível que a direção unitária decorresse não somente de uma subordinação, mas também de uma coordenação de empresas em prol da execução de um empreendimento global<sup>45</sup>.

---

41 FRAZÃO, op. cit., p. 201-206.

42 ABREU, Jorge Manuel Coutinho. Grupos de sociedades e direito do trabalho. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVI, 1990, p. 124-149.

43 Ver, sobre a questão, Maria do Rosário Ramalho (op. cit., p. 256-258).

44 Ver: GOMES; VARELA, op. cit., p. 239; MAGANO, op. cit., p. 244.

45 Segundo Octavio Bueno Magano (op. cit., p. 253), a divergência era capitaneada por Mozart Victor Russomano, para quem o grupo econômico pode existir sem líder quando todas as empresas estão dispostas horizontalmente mas exercem, reciprocamente, controle ou vigilância e participam de um

## DOCTRINA

Vale ressaltar que a controvérsia existente não se projeta sobre a necessidade de direção única como elemento caracterizador do grupo. O único ponto de atrito diz respeito à forma de implementação de tal direção: se necessariamente deveria decorrer da dominação de uma sociedade líder sobre as demais ou se poderia ser imposta pela coordenação entre as próprias sociedades, em uma espécie de controle compartilhado ou cogestão.

Por outro lado, mesmo os autores que entendem ser possível o grupo de coordenação ressaltam, acertadamente, a importância de critérios como empreendimento global e controle e vigilância recíprocos. Dessa forma, os grupos poderiam até dispensar o requisito da hierarquia rígida, mas jamais a existência de uma direção comum<sup>46</sup> e a consequente perda de autonomia econômica das sociedades participantes<sup>47</sup>.

Isso mostra o acerto da posição que defende a possibilidade dos grupos de coordenação no Direito do Trabalho. Afinal, se tal possibilidade nunca foi afastada no Direito Societário, não faria sentido que o fosse no Direito do Trabalho, ainda mais diante do seu espectro protetivo em favor do empregado. Entretanto, é importante salientar que a existência de grupos de coordenação pressupõe, tal como prevê expressamente a própria CLT, controle, direção ou administração unificados, mesmo que não se projetem necessariamente sobre o poder diretivo.

## VI – GRUPO SOB A PERSPECTIVA DA CLT DEPOIS DA REFORMA

A reforma trabalhista alterou a redação dos § 2º e acrescentou o § 3º no art. 2º da CLT, tal como a figura seguinte pretende representar:

---

empreendimento global. Concordariam com a referida opinião Pereira Leite e Arnaldo Süssekind. Também nesse sentido, encontra-se Alice Monteiro de Barros (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 377).

- 46 Vale reproduzir a lição de Maria do Rosário Ramalho (op. cit., p. 97): “Os grupos horizontais caracterizam-se pelo facto de as sociedades intervenientes estabelecerem relações igualitárias entre si, não obstante se sujeitarem a uma direcção económica comum, exercida por uma entidade coordenadora de todas as sociedades do grupo (por exemplo, uma sociedade *holding*)”.
- 47 Délio Maranhão (op. cit., 1981, p. 137-138) era claro nesse sentido: “Não há como esquecer, no entanto, que hoje a concentração capitalista tem um sentido preponderantemente financeiro. Ora, se esta existe e, em consequência, as sociedades agrupadas ficam sob direção e controle únicos, embora formalmente independentes, perdem, na realidade, essa independência. Portanto, se a perda da independência de sociedades formalmente independentes pode assumir as mais variadas formas, cabe ao Juiz, seja qual for essa forma, aplicar a norma expressa no § 2º do art. 2º da CLT”.

**CLT SEM A REFORMA:**

“Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.  
(...)”

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal a cada uma das subordinadas.”



“Art. 2º (...)”

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

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

Como se pode observar, a reforma não alterou a distinção entre empregador real e grupo e, no que diz respeito a este último, foi salutar que a nova redação do § 2º do art. 2º da CLT tenha mantido a direção unitária como primeiro elemento distintivo dos grupos empresariais, ao prever que “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”.

Na verdade, a nova redação do § 2º é ainda mais abrangente do que a original, ao acrescentar a locução “ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico”. A cláusula alternativa permite a compreensão de que qualquer mecanismo que possibilite a direção unitária deve ser considerado para efeitos de configuração de grupo econômico. É interessante também que a reforma tenha se utilizado da expressão “grupo econômico”, que é mais abrangente do que “grupo societário”, uma vez que abarca todas as formas de direção unitária, incluindo aquelas que não decorrem de vínculos societários, como é o caso dos grupos contratuais<sup>48</sup>, cuja importância é cada vez maior no cenário empresarial.

48 FRAZÃO, op. cit., p. 201-242.

## DOUTRINA

Tivesse a reforma ficado por aqui, não geraria nenhuma preocupação, até porque não haveria modificação sensível do tema em relação ao que já era disciplinado pela CLT. Todavia, houve a introdução do § 3º ao art. 2º da CLT, segundo o qual “não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

Tal previsão pode gerar dificuldades diante do contexto societário brasileiro, no qual, ainda que a mera identidade de sócios não leve necessariamente à existência de grupo, é indício suficientemente forte para tal, especialmente se estivermos falando de sociedades com dois ou poucos sócios, com forte elemento pessoal, como ocorre nas sociedades familiares, e nas quais os próprios sócios exercem a administração.

Com efeito, ao contrário do que ocorre em alguns países, a personificação no Brasil não garante necessariamente a criação de um interesse próprio da pessoa jurídica que possa se diferenciar do interesse dos sócios nem a estruturação de uma organização que assegure razoável grau de autonomia da sociedade diante dos sócios. Tal separação costuma ocorrer apenas nas sociedades de capitais, com maior quadro societário, sendo difícil ocorrer nas sociedades de pessoas com pequena composição societária. Basta lembrar-se das inúmeras sociedades com apenas dois sócios, em que um titulariza a quase totalidade das quotas, comportando-se como único sócio ou como o sócio tirano.

Por outro lado, mesmo quando há distribuição mais equânime das quotas, a presença comum de um sócio em diferentes sociedades com pequena base societária obviamente tem um peso muito maior do que a existente em sociedades com grande base de sócios. Em muitos casos, assim como não é possível a perfeita separação de interesses entre sócios e cada uma das sociedades, não é possível a separação de interesses entre sócios e todas as sociedades vistas em conjunto, argumento que reforça a existência de grupo pessoal.

Tal exemplo é importante para mostrar que, em sociedades com poucos sócios, mesmo a coincidência parcial da composição já pode ser importante indicativo para afastar a independência econômica das sociedades, ainda mais quando são os próprios sócios que as administram. Com maior razão, é de se imaginar que a identidade total de sócios, nesse contexto, gere presunção ainda mais forte de direção unitária, pois não é razoável imaginar que os sócios não tratarão de vários assuntos relacionados às diversas sociedades de forma conjunta.

## DOCTRINA

Verdade seja dita que o próprio § 3º já possibilita uma válvula de escape para a presunção por ele criada, afirmando que pode haver grupo se houver demonstração de interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas integrantes. Entretanto, é preciso reiterar que tais requisitos, longe de serem excepcionais e precisarem de alguma prova mais elaborada, são normais, previsíveis e esperados em pequenas sociedades com coincidência total ou parcial de sócios, ainda mais quando administradas pelos próprios sócios.

Exatamente por isso, o referido § 3º precisa ser analisado à luz dos critérios identificadores de grupo, ou seja, da direção unitária. Afinal, o mais provável em situações de coincidência total ou parcial de sócios entre sociedades com poucos sócios e com forte elemento pessoal é que haja centralização em pelo menos algum aspecto crucial da vida das sociedades, tal como ocorre nas estratégias de ação, na política financeira e de investimentos.

Dessa maneira, o ideal seria que o § 3º não tivesse nem mesmo criado a presunção nele contida pois, em se tratando de sociedades com pequena base societária e forte elemento pessoal ou familiar, cuja presença é marcante no cenário brasileiro, a realidade mostra que, como já se adiantou, a presunção deveria inclusive ser contrária, no sentido de que a identidade de sócios é forte indicativo de direção unitária e, conseqüentemente, de grupo.

Entretanto, diante da introdução do § 3º, é importante interpretá-lo de forma atenta à dinâmica econômica, ainda mais considerando que, em grupos formados por pequenas sociedades, a direção unitária é implementada de maneira informal, sem procedimentos devidamente documentados. Daí por que, em muitos casos, será o exame da própria estrutura das sociedades e de quem as administra que possibilitará a constatação da direção unitária, afastando a presunção do § 3º.

É importante reiterar que, em sociedades com poucos sócios, a repercussão da identidade entre eles é muito maior do que a dos *interlocking directorates* em sociedades de capitais. Afinal, nestas, há uma estrutura orgânica que pode neutralizar ou atenuar a influência de determinados indivíduos na administração. Todavia, isso não ocorre nas sociedades com poucos sócios, em que não há estrutura orgânica que possibilite a separação entre os interesses particulares dos sócios dos interesses da própria sociedade.

A rigor, assim como não costuma haver nem mesmo separação entre os interesses dos sócios e os interesses da sociedade de que fazem parte, o mesmo ocorrerá quando os mesmos sócios fizerem parte de diversas sociedades. Da

mesma forma como poderão conduzir qualquer uma delas de acordo com os seus interesses particulares, poderão facilmente conduzir a totalidade delas com base nos seus interesses particulares comuns.

Tais advertências precisam ser feitas, a fim de que não se atribua à reforma o objetivo de dissociar os critérios de configuração dos grupos da realidade econômica. Pelo contrário, desde que corretamente compreendido e interpretado sistematicamente com o § 2º, o § 3º não é nem pode ser óbice a que a direção unitária continue a ser o critério preponderante para a configuração dos grupos no Direito do Trabalho, única hipótese em que se assegura a primazia da realidade sobre a forma e o equilíbrio entre o poder empresarial e a devida responsabilidade.

Com efeito, o interesse comum e a atividade comum a que se refere o dispositivo obviamente não podem ser compreendidos como exigências de uma total integração entre as sociedades, quando já se viu que a direção unitária pode ocorrer em diversos planos, sendo o plano financeiro e de investimento o mais determinante. Dessa maneira, havendo a direção unitária, a única consequência possível é a de que estão comprovados todos os requisitos previstos pelo § 3º.

Verdade seja dita que, mesmo no âmbito do Direito Societário, existe considerável discussão sobre os critérios de comprovação dos grupos pessoais. Em muitos casos, a identificação dos grupos tem sido feita não apenas a partir da coincidência entre sócios, mas também a partir de critérios como o grau de parentesco entre eles, a coincidência de sede, a existência de patrimônio comum ou de atividade unificada<sup>49</sup>. Ocorre que tais requisitos podem ser muito restritivos, uma vez que o alcance da direção unitária, como já se demonstrou, pode se projetar na unificação financeira ou em outros referenciais que não apenas a união fática entre as atividades desenvolvidas por cada uma das sociedades. Assim, tal orientação acaba não se coadunando com a própria natureza das sociedades com poucos sócios, nas quais a proximidade destes com relação às atividades sociais normalmente aponta para a existência de grupo econômico. De fato, na hipótese de duas sociedades com pouquíssimos sócios, todos tomando parte da gestão dos negócios, e havendo coincidência entre os quadros

---

49 STJ, 3ª T., RMS 12.872/SP, Relª Minª Nancy Andriahi, j. 24.06.02, DJ 16.12.02; TJSP, 15ª C.D.P., AI 2172023-25.2017.8.26.0000, Rel. Des. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, j. 08.11.2017, publ. 08.11.2017; TJSP, 12ª C.D.P., AI 2041656-10.2017.8.26.0000, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 05.07.2017, publ. 05.07.2017; TJSP, 37ª C.D.P., AI 2180896-14.2017.8.26.0000, Rel. Des. Sergio Gomes, j. 24.10.2017, publ. 25.10.2017; TJSP, 21ª C.D.P., AI 2018292-09.2017.8.26.0000, Rel. Des. Virgílio de Oliveira Junior, j. 09.10.2017, publ. 09.10.2017; TJSP, 31ª C.D.P., AI 2008963-07.2016.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Rigolin, j. 23.02.2016, publ. 23.02.2016; TJRS, 20ª C.C., Ap. Cív. 70021920178, Rel. Des. Rubem Duarte, j. 04.06.08, DJ 17.06.08; TJRS, 15ª C.C., AI 70048008528, Relª Desª Ana Beatriz Iser, j. 30.05.2012, DJ 05.06.2012.

## DOCTRINA

societários de ambas, é pouco provável que não haja algum grau de unidade de gestão, mesmo que não compartilhem da mesma sede ou do mesmo patrimônio ou, ainda, desenvolvam atividades distintas.

Dessa maneira, é de fundamental importância que os tribunais, trabalhistas ou não, fiquem atentos para a estrutura organizacional, a composição societária e o exercício da administração pelos sócios, elementos que podem ser muito mais importantes do que vários dos indícios que têm sido exigidos para a configuração do grupo. Afinal, já se viu que a direção unitária pode se projetar em diversos aspectos da gestão, sendo o principal elemento a unidade da política financeira. Dessa maneira, não faz sentido exigir que os grupos pessoais apenas possam ocorrer quando houver unidade da própria atividade empresarial, de patrimônios ou de sede, tal como parece pretender parte da jurisprudência.

Certo é que não se está aqui a tratar de sociedades que, embora tenham poucos sócios, sejam administradas por um gestor profissional não sócio, circunstância que pode ser um dificultador a mais para a configuração de grupos, desde que comprovado que o administrador profissional tem suficiente autonomia para neutralizar a vontade dos sócios.

Porém, igualmente certa é a necessidade de um tratamento mais cuidadoso com a questão dos grupos pessoais, tendo em vista que a identidade de sócios, em sociedades com poucos sócios, é importante indício de grupo pessoal, ainda mais quando os sócios são igualmente administradores.

## VII – O PROBLEMA DAS PARTICIPAÇÕES MINORITÁRIAS

Apesar das preocupações já demonstradas quanto à necessidade de encontrar critérios idôneos para a configuração dos grupos, especialmente dos grupos pessoais, é importante reiterar que, em qualquer hipótese, a participação minoritária, por si só, jamais poderá ser vista como um critério configurador de grupo societário. Tal conclusão, que já se extraía do texto anterior da CLT, não se modifica com a reforma.

De fato, para efeitos da compreensão dos grupos, é preciso entender que a participação minoritária está sujeita a diferentes gradações, com consequências totalmente distintas. Assim como é claro que o controle é instrumento idôneo para a constituição dos grupos, mesmo que decorra de uma participação minoritária, a mera participação societária minoritária é manifestamente insuficiente para tal objetivo. Já a influência significativa, como visto, fica em uma situação

intermediária, podendo ser considerada um indício de grupo, especialmente se se buscar uma compreensão mais ampla deste último<sup>50</sup>.

A doutrina societária sempre fez essa adequada distinção, deixando claro que a mera relação de coligação societária não é idônea a criar nem o grupo de fato nem o de direito<sup>51</sup>. Tal aspecto também não passou despercebido para a doutrina trabalhista clássica, como se verifica em Egon Gottschalk<sup>52</sup>, ao asseverar que nem todas as formas de coligação, consórcio ou combinação de empresas econômicas constituem grupo, pois este dependeria do elemento hierárquico – subordinação – e da direção comum. No mesmo sentido, evidencia-se a doutrina de Délio Maranhão, ao destacar a impossibilidade de se confundir coligação societária com grupo<sup>53</sup>:

“Uma observação deve ser feita: nem toda coligação há de ser considerada, necessariamente, um ‘grupo’ para os efeitos do direito do trabalho. Isto decorre da própria finalidade da norma. Não se incluem, assim, na hipótese prevista no § 2º do art. 2º da Consolidação, as coligações que, não apenas do ponto de vista jurídico formal, mas efetivamente, conservam a cada um dos seus componentes igualdade de poder e independência jurídica, técnica e financeira, o que pode ocorrer – principalmente em relação aos ‘cartéis’.”

Não é sem razão que o legislador português, mesmo tendo adotado uma ampla caracterização de grupo para efeitos trabalhistas, expressamente afastou tal possibilidade nas hipóteses de participação simples<sup>54</sup>. Se a sociedade tem uma participação minoritária (de 10% a 50%) em outra, sem qualquer outra relação, não há que se cogitar de grupo, pois, como ensina Engrácia Antunes<sup>55</sup>, o único objetivo que se pode extrair aprioristicamente desse tipo de relação societária é o puramente financeiro.

---

50 Viviane Prado (op. cit., 2006, p. 116-118) faz uma interessante retrospectiva sobre as diretivas e projetos de diretivas da União Europeia sobre grupos, mostrando que a regulamentação comunitária mais recente vem relativizando a noção de direção unitária para a configuração de grupos, prevendo casos de coligação entre as empresas e procurando fazer uma gradação entre as diversas intensidades de vínculos.

51 Ver: RAMALHO, op. cit., p. 91-92; CASTELLÕES, Leonardo. *Grupo de sociedades*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 78; LOBO, Jorge. *Grupo de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 78.

52 GOTTSCHALK, Egon. O consórcio de empresas no direito brasileiro do trabalho. *Revista do Trabalho*, n. 4, abr. 1946.

53 MARANHÃO, op. cit., 2003, p. 300.

54 Como explica Maria do Rosário Ramalho (op. cit., p. 314), “o regime laboral de responsabilidade solidária em contexto de grupo só é afastado no caso das relações de participação simples (...)”.

55 ANTUNES, op. cit., 2002, p. 328.

## DOCTRINA

Ao atribuir a um mero investimento minoritário passivo a consequência da configuração de um grupo societário, há total distorção não apenas da ideia de investimento, como da própria alocação de risco que envolve a atividade empresarial.

Basta lembrar que a evolução do próprio Direito Comercial aconteceu no sentido de diferenciar o investimento passivo do investimento ativo, atribuindo ao primeiro uma proteção diferenciada diante dos credores sociais. Tanto é assim que a *commenda* começou a ser utilizada na Idade Média exatamente para possibilitar que os sócios meramente investidores fossem protegidos pela responsabilidade limitada, enquanto que os demais continuavam sujeitos à responsabilidade ilimitada.

Dáí a ideia da sociedade em comandita, em que igualmente há uma distinção entre os sócios “empresários” e os sócios “investidores”, de forma que os primeiros respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais, enquanto que os segundos respondem limitadamente. Igual raciocínio acontece em relação às sociedades anônimas e às sociedades limitadas, nas quais, embora os sócios/acionistas tenham todos responsabilidade limitada, os gestores (controladores ou administradores) têm uma série de responsabilidades pessoais diferenciadas, que obviamente não se estendem aos meros investidores.

Ora, a noção de grupo não deixa de ser uma forma de romper com a alocação de riscos que decorre da adoção de um modelo societário personificado. Há razões jurídicas e econômicas para se fazer isso quando se comprova que existe uma dinâmica de poder real que transcende à própria pessoa jurídica, hipótese em que o direito deve privilegiar a realidade sobre a forma.

Entretanto, diante de uma mera participação minoritária, não há nenhuma dinâmica de poder que transcenda à personalidade jurídica, motivo pelo qual não se deveria cogitar de grupo. Caso contrário, as cortes trabalhistas tornarão inviável o mero investimento, já que dificilmente alguém irá investir em uma sociedade sabendo que corre o risco de estar vinculado a um grupo mesmo por uma participação minoritária e passiva, inclusive para efeitos da devida responsabilização solidária.

Por outro lado, o investimento passivo deixa de ser viável também para as sociedades, que preferirão não se valer dele para não correrem o risco de serem consideradas parte do grupo do investidor. Consequentemente, perde o investidor, que deixa de ter uma alternativa para utilizar sua poupança, e perdem as sociedades, que deixam de ter uma importante fonte de financiamento.

## DOCTRINA

As consequências são também preocupantes do ponto de vista jurídico. Afinal, toda a regulação do poder empresarial busca equacionar a tensão entre poder e responsabilidade. Daí o objetivo nuclear de se imputar a quem exerce o poder empresarial as devidas responsabilidades. Consequentemente, se alguém exerce poder sobre outra sociedade, é razoável que tenha também as responsabilidades correspondentes.

Entretanto, o investidor passivo não exerce poder empresarial, assim como não se deixa influenciar pelo poder empresarial da sociedade em que investe. Tanto é assim que, em sociedades de responsabilidade limitada, até incapazes podem ser sócios, desde que as participações societárias estejam devidamente integralizadas. Portanto, a configuração de grupo em situação de mero investimento implica, na verdade, a atribuição de responsabilidades para quem não exerce o poder empresarial nem está sujeito à direção unitária por parte de qualquer outro agente econômico, criando uma situação de difícil justificação.

Por mais que seja legítima a preocupação com o trabalhador, a tutela deste precisa ser feita de acordo com parâmetros adequados. Não faz sentido que tal objetivo seja alcançado a qualquer preço, inclusive mediante a descon sideração dos princípios mais comecinhos que devem reger a regulação da atividade empresarial em todos os seus desdobramentos, incluindo o trabalhista.

### VIII – UM PROBLEMA ANTIGO NÃO SOLUCIONADO PELA REFORMA: DIFICULDADES DE UMA SOLIDARIEDADE AMPLA, RECÍPROCA E IRRESTRITA ENTRE AS SOCIEDADES PARTICIPANTES DO GRUPO

Constatada a existência do grupo no Direito do Trabalho, ainda deve haver a reflexão sobre as consequências do fenômeno, já que a aplicação de uma solidariedade ampla, recíproca e irrestrita entre as sociedades participantes, de forma absoluta e apriorística, pode levar a resultados altamente preocupantes.

O problema se coloca especialmente nos grupos de subordinação, em que existe uma diferença muito clara entre quem manda e quem obedece. Nos grupos de coordenação, como o poder é exercido em conjunto por todas as sociedades do grupo, a solidariedade não causa estranheza e é vista como algo inerente ao compartilhamento do próprio poder.

Entretanto, quando se pensa nos grupos de subordinação, a preocupação fundamental é proteger os sócios e os credores sociais das sociedades-filhas, na medida em que o destino destas é decidido, de alguma forma, pela sociedade-

## DOUTRINA

mãe. Daí a necessidade de se atribuir à sociedade-mãe algum grau de responsabilidade pelos débitos das sociedades-filhas.

Por essa razão, a doutrina sobre grupos é vasta no sentido de que a preocupação principal da regulação jurídica dos grupos é a de estabelecer um regime de responsabilidade da sociedade-mãe pela sociedade-filha<sup>56</sup>. Como regra, os efeitos da direção unitária característica dos grupos têm projeções diretas exatamente sobre as sociedades-filhas, que perdem a sua autonomia diante do interesse maior do grupo. Tal circunstância obviamente modifica a alocação de riscos assumida tanto pelos sócios como pelos credores sociais das sociedades-filhas, que podem ter seus recursos e seu patrimônio destinados a objetivos do grupo.

Daí por que a grande questão que surge dos grupos diz respeito essencialmente aos grupos de subordinação: como proteger as sociedades-filhas e, conseqüentemente, os seus sócios e credores sociais. Não é sem razão que o art. 501 do Código das Sociedades Comerciais português impõe, nos casos de grupos de direito, a responsabilidade pessoal e ilimitada da sociedade-mãe por todas as obrigações das sociedades-filhas antes e durante a vigência do contrato de subordinação<sup>57</sup>. No mesmo sentido, o Código português prevê que é direito da subordinada a compensação de suas perdas anuais por parte da sociedade-mãe. Apesar das controvérsias em torno da natureza de tal responsabilidade, Engrácia Antunes sustenta que se trata de responsabilidade solidária *sui generis*<sup>58</sup>.

Já no direito alemão, não se criou uma proteção direta para os credores das sociedades-filhas nem mesmo na hipótese de grupos de direito, em que há total interferência na autonomia das sociedades dependentes. O que existe, como regra, é apenas uma proteção indireta, que impõe à sociedade-mãe o dever de cobertura das perdas sociais das sociedades-filhas e a prestação de caução a

---

56 Ver: ANTUNES, op. cit., 2002, p. 285-286; LOBO, Jorge. *Grupo de sociedades*. Op. cit., 1978, p. 35-37; SILVA, Clóvis do Couto. Grupos de sociedades. *Revista dos Tribunais*, v. 78, n. 647, p. 7-22, set. 1989, p. 11.

57 “Artigo 501º

(Responsabilidade para com os credores da sociedade subordinada)

1 – A sociedade directora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste.

2 – A responsabilidade da sociedade directora não pode ser exigida antes de decorridos 30 dias sobre a constituição em mora da sociedade subordinada.

3 – Não pode mover-se execução contra a sociedade directora com base em título exequível contra a sociedade subordinada.”

58 ANTUNES, op. cit., 2002, p. 799-801.

favor dos credores desta<sup>59</sup>. No tocante aos grupos de fato, apenas respondem as sociedades-mães pelo exercício de influência prejudicial, que lhes seria vedada, embora possa haver grupos de fato qualificados, que apresentam tratamento semelhante ao dos grupos de direito<sup>60</sup>.

Essas afirmações são ora trazidas para se verificar que o foco de preocupações relacionadas aos grupos refere-se precisamente à proteção das sociedades-filhas nos grupos de subordinação. Por mais que se possa pensar também na suposta proteção da sociedade-mãe, tal hipótese é mais restritiva e deveria estar sujeita a pressupostos mais rigorosos<sup>61</sup>.

Ora, quando se fala na regulação jurídica do poder empresarial, existe todo o esforço para administrar a tensão entre poder e responsabilidade, partindo-se da premissa de que, quem exerce o primeiro, deve suportar a segunda. Daí ser complicado invocar a existência de grupo a fim de justificar uma perigosa inversão: imputar responsabilidades àquela que, como sociedade-filha, jamais exerceu qualquer poder sobre as outras sociedades, tal como vêm sendo determinado por algumas recentes decisões trabalhistas.

É certo que, no caso brasileiro, a solução de grupo implementada pela CLT no § 2º de seu art. 2º fala genericamente na responsabilidade solidária de todas as sociedades pertencentes ao mesmo grupo. Todavia, a referida previsão não trata propriamente de solidariedade, mas sim de subsidiariedade, como bem advertem Orlando Gomes e Antunes Varela<sup>62</sup>:

“Realmente, a *solidariedade* supõe pluralidade de devedores na *mesma relação jurídica obrigacional*, podendo o credor comum exigir o pagamento de dívida de qualquer dos devedores. Na *solidariedade trabalhista* não há ‘devedores’ (*stricto sensu*) na mesma obrigação, mas

---

59 É o que preveem os §§ 302 e 303 da *Aktiengesellschaftsgesetz* alemã. Destaca Engrácia Antunes (op. cit., 2002, p. 45), entretanto, que em certos casos se admite uma responsabilidade ilimitada e solidária das sociedades-mães pelas dívidas das sociedades-filhas (AktG, §§ 302 e 322).

60 Segundo Engrácia Antunes (op. cit., 2002, p. 45-46), nos grupos de fato, adota-se “um regime de compensação pontual e casuístico, apenas constatável *ex post*, no caso das filiais dos grupos de facto (onde é suposto que as sociedades-filhas permanecem autônomas na condução dos seus negócios, pelo que a sociedade-mãe apenas poderá ser obrigada a compensar aqueles prejuízos patrimoniais que hajam concretamente resultado para as filiais em consequência do uso ilegítimo por aquela da sua influência dominante”. Viviane Prado (op. cit., 2006, p. 122) chama a atenção para a existência dos grupos de fato qualificados, nos quais há direção unitária, de forma que, mesmo não havendo contrato de domínio, lhes são aplicáveis as regras sobre os grupos de direito tanto no que se refere à proteção dos credores como à proteção dos minoritários.

61 Engrácia Antunes (op. cit., p. 151-152) cita um exemplo dessa hipótese, em que a exploração da atividade comum do grupo pela sociedade-mãe envolva riscos mais elevados, de forma que o próprio capital desta deixe de ser garantia para os credores.

62 GOMES; VARELA, op. cit., p. 233-234.

sim sujeitos distintos responsáveis perante eventual credor de um deles. Nesta não há *debitum* senão apenas *obligatio* em relação às pretensões do credor na relação jurídica travada com um dos sujeitos de um grupo econômico.

Dessa diferença resulta que o credor, na *solidariedade trabalhista*, não tem a liberdade de escolher qualquer dos *responsáveis* para exigir dele o cumprimento de qualquer das obrigações da relação de emprego. Como se trata de uma *pluralidade de responsáveis* e não de uma *pluralidade de devedores*, só é dado ao credor (o empregado) dirigir-se a qualquer das outras empresas do grupo, mas somente àquela a cujo quadro pertence e que recebe a sua prestação de trabalho, admitindo-se, quando muito, a escolha, quando extinta a relação. O empregado de determinada empresa de um grupo comercial não pode exigir de outra empresa do grupo, por exemplo, a concessão de férias ou o pagamento de serviço extraordinário. Mesmo o pagamento de indenizações decorrentes da extinção do vínculo empregatício não deve ser inicialmente exigido senão da empresa em que se rompeu.

Duas notas características apresentam, em consequência, a denominada *solidariedade trabalhista*:

a) só se apresenta em certas situações e momentos, pressupondo prestação de trabalho sucessiva do mesmo empregado a duas ou mais empresas do grupo

b) *as empresas que formam o grupo econômico não se unificam para se converterem num só e mesmo empregador, tendo as que não se acham nessa posição responsabilidade patrimonial coexistente, mas subsidiária.*” (grifos nossos)

Daí por que os autores esclarecem que, no caso dos grupos, “a lei ignora a independência jurídica das empresas e para proteger o empregado o autoriza a exigir de qualquer das unidades do grupo o pagamento da dívida trabalhista, mas, evidentemente, em *caráter subsidiário*, pela existência prescrita na lei de uma espécie de *confiança*”<sup>63</sup>. Logo, assim concluem os autores<sup>64</sup>:

“O exame do preceito da CLT que esquematiza a espécie dando-lhe solução presidida manifestamente pelo cuidado de proteger os empregados conduz o intérprete, cioso da qualificação correta dos institutos, à

---

63 GOMES; VARELA, op. cit., p. 237.

64 GOMES; VARELA, op. cit., p. 240.

conclusão de que verdadeiramente não há *solidariedade* inferida pelos autores dos seus termos.

Observa-se, no curso da investigação, que a responsabilidade imputada às sociedades constituintes do mesmo grupo industrial, comercial ou financeiro só se torna efetiva em determinadas situações e em relação a obrigações pecuniárias, e ainda, assim, subsidiariamente.”

No mesmo sentido, Octavio Magano<sup>65</sup> cita vários juristas que, a exemplo de Orlando Gomes, sempre entenderam que a CLT não previu propriamente uma solidariedade típica, já que, além de restrita a determinadas situações, não tem por efeito unir as sociedades do grupo, convertendo-as em um só empregador. Dessa maneira, as sociedades do grupo que não ostentam a condição de empregador têm, na verdade, uma responsabilidade patrimonial subsidiária, que, por essas razões, deve estar sujeita a modulações, especialmente para o fim de evitar ou ao menos mitigar a responsabilização ampla de quem não exerce poder empresarial no grupo.

Mesmo se admitindo que se trata de solidariedade, é forçosa a conclusão de que se trata, no mínimo, de uma solidariedade atípica ou *sui generis*, o que exigiria que a regra do § 2º do art. 2º da CLT fosse interpretada de forma consentânea com a sua própria finalidade, que é a de responsabilizar aquele que exerce o poder de comando ou pelo menos influência significativa sobre o empreendimento.

Dessa maneira, ainda que fosse possível que uma sociedade-filha respondesse pelos débitos da sociedade-mãe ou do controlador, tal situação precisaria ser justificada com maior critério do que a situação inversa, em que a responsabilidade solidária pode ser vista como uma contrapartida necessária do exercício do controle.

É por esse motivo que a solidariedade não apresenta tantos problemas nos chamados grupos de coordenação, já que todas as sociedades exercem o controle de forma compartilhada. Entretanto, nos grupos de subordinação, o problema é dramático, especialmente sob a ótica da responsabilidade das sociedades-filhas pelas dívidas da sociedade-mãe.

A primeira lei que tratou do assunto no Brasil, a Lei nº 435, de 1937, afirmava, em seu art. 1º, parágrafo único, que “essa solidariedade não se dará entre as empresas subordinadas, nem diretamente, nem por intermédio da empresa principal, a não ser para o fim único de se considerarem todas como um

---

65 MAGANO, op. cit., p. 265.

mesmo empregador<sup>66</sup>. Dessa maneira, a lei sabiamente afastava a solidariedade entre as subordinadas, já que a solução natural seria a de haver solidariedade somente entre a dominante e a dominada, por dívidas desta última.

Verdade seja dita que o § 2º do art. 2º da CLT não fazia essa distinção, assim como a reforma perdeu uma excelente oportunidade para, finalmente, resolver o problema. Entretanto, a interpretação da lei, qualquer que seja, não pode levar a resultados absurdos ou injustificáveis, sendo a solução de se impor responsabilidade à sociedade-filha pelas dívidas da sociedade-mãe extremamente criticável como regra<sup>66</sup>.

Raciocínio semelhante precisa ser utilizado em relação às sociedades titulares de influência significativa, na medida em que, por exercerem poder inferior ao controle, não é adequado que estejam sujeitas às mesmas responsabilidades, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo, do controlador.

Todas essas considerações mostram que a chamada solidariedade a que se refere o § 2º do art. 2º da CLT, mesmo após a reforma, precisa estar sujeita a uma série de calibrações, sem o que os juízes trabalhistas não conseguirão encontrar o necessário equilíbrio entre poder e responsabilidade, acabando por impor um regime de responsabilidade extremamente severo e amplo para agentes que ou não exerceram o poder empresarial – no caso da sociedade-filha pelos débitos trabalhistas da sociedade-mãe –, ou o exerceram em menor proporção – no caso da sociedade que simplesmente titulariza a influência significativa diante da sociedade controladora. É o que se buscará aprofundar no próximo e último capítulo.

### IX – NECESSÁRIAS CALIBRAÇÕES DA SOLIDARIEDADE *SUI GENERIS* A QUE SE REFERE O § 2º DO ART. 2º DA CLT

Para se ter uma ideia da dimensão do problema da alocação da responsabilidade nos grupos, há grandes controvérsias até mesmo em torno da imposição de uma regra geral e inflexível de responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas da sociedade-filha. Afinal, diante da multiformidade dos grupos, soluções apriorísticas e rígidas podem ser sempre muito complicadas.

---

66 Apenas nos grupos de coordenação é que se poderia chegar à conclusão sobre o cabimento de uma ampla solidariedade, em que todas respondem pelas dívidas de todas. Mas nessa hipótese a solução faz todo o sentido, pois todas as sociedades participam, de alguma forma, da direção comum. Assim, se todas exercem diretamente o poder empresarial na implementação das políticas do grupo, é razoável que também respondam em conjunto e solidariamente.

## DOCTRINA

Com efeito, o argumento contrário à solução que determina a responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas da sociedade filha é o fato de que tal alternativa poderia levar a situações extremamente ineficientes do ponto de vista econômico, prejudicando excessivamente as sociedades-mães, especialmente nas hipóteses em que as sociedades-filhas gozem de considerável autonomia, e beneficiando excessivamente as sociedades-filhas, gerando benefícios indevidos para seus sócios e credores, especialmente em situações nas quais a insolvência destas não estiver relacionada ao exercício do controle por parte da sociedade-mãe<sup>67</sup>.

Tais observações são importantes porque, como já se viu, qualquer grupo societário se estrutura a partir da tensão entre autonomia e direção unitária, tensão que está sujeita a diversos arranjos e graus de equilíbrio. Daí por que qualquer solução jurídica deveria ser suficientemente plástica para se adaptar às características de cada um dos grupos. Na doutrina brasileira, Bulgarelli<sup>68</sup> já advertia para esse problema em sua obra clássica de 1975, quando mostra que a responsabilidade incondicional do que chama de sociedade dirigente pelas obrigações da dirigida não seria a melhor solução para diversos casos.

Estabelecer aprioristicamente uma solução em favor da responsabilidade automática e irrestrita da sociedade-mãe por qualquer dívida das sociedades-filhas pode implicar o desconhecimento da autonomia destas. Por outro lado, prever a irresponsabilidade da sociedade-mãe equivaleria a negar a importância do controle ou da direção unitária. Tal rigidez, que já é criticável mesmo para assegurar a solidariedade da sociedade dominante, com maior razão está sujeita a críticas quando implica uma solidariedade irrestrita da sociedade “dominada”.

É pela dificuldade de administrar a referida tensão que Engrácia Antunes<sup>69</sup> critica a solução alemã, considerada por ele excessiva em relação aos grupos de direito e permissiva em relação aos grupos de fato. Pela mesma razão, propõe o autor que deveria haver uma solução intermediária entre o que existe nos Estados Unidos, onde a tendência é de ver o grupo societário a partir da perspectiva exclusiva da autonomia societária, e na União Europeia, cuja tendência é de ver o grupo societário a partir da perspectiva exclusiva do controle<sup>70</sup>.

Tais aspectos precisam ser lembrados ao se analisar o art. 2º, § 2º, da CLT, mesmo após a reforma, quando se trata de questões relacionadas à responsa-

---

67 ANTUNES, op. cit., 2002, p. 44.

68 BULGARELLI, Waldirio. *O direito dos grupos e a concentração de empresas*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975.

69 ANTUNES, op. cit., 2002, p. 46-47.

70 ANTUNES, op. cit., 2002, p. 47.

## DOCTRINA

bilidade da sociedade-mãe. Com maior razão, não podem ser desconsiderados quando se trata da responsabilidade de sociedade-filha. Por mais que a CLT determine a solidariedade entre as sociedades que compõem o grupo, esta – até por ser, na verdade, responsabilidade subsidiária ou, na melhor das hipóteses, solidariedade *sui generis* – precisa ser devidamente calibrada em situações nas quais existe relativa autonomia das sociedades e em que se trata de responsabilidade da sociedade-filha em relação à mãe ou em relação a outras controladas.

Todos esses motivos mostram que a responsabilização das participantes de um grupo, longe de ser fixada de forma apriorística e geral, deve ser atribuída de acordo com as peculiaridades da estrutura sob análise, com base no princípio de que somente quem exerceu o poder empresarial deve arcar com a responsabilidade e, preferencialmente, de forma proporcional ao grau com que exerceu o poder.

Como se demonstrou, a solução em favor de uma solidariedade ampla pode ser considerada excessiva mesmo diante de grupos societários em relação aos quais não haja dúvida sobre a sua existência e mesmo diante da responsabilização da sociedade-mãe, especialmente quando as dívidas das sociedades-filhas nada tenham a ver com a direção unitária imposta pela sociedade-mãe.

Por essa razão, é imperioso que se interprete o § 2º do art 2º da CLT, de forma atenta às suas finalidades sociais e econômicas, que são certamente imputar as devidas responsabilidades trabalhistas àqueles que, por qualquer que seja a forma, exercem poder empresarial e não atribuir responsabilidades sem justificativa idônea.

Entretanto, caso prevaleça a interpretação contrária, no sentido da solidariedade ampla e irrestrita entre todas as sociedades do grupo, tal circunstância deve reforçar ainda mais a necessidade de que haja um cuidado extremo com os critérios de identificação dos grupos na seara trabalhista, já que as consequências daí resultantes serão extremamente gravosas e em muitos casos injustas.

## X – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de o grupo societário ser visto como a verdadeira empresa é consequência da constatação de que a alocação de riscos na atualidade depende do modelo societário personificado. Há, desse modo, razões jurídicas e econômicas para buscar uma realidade mais ampla do que a da personalidade jurídica sempre que se comprova a existência de uma dinâmica de poder real que transcende à própria pessoa jurídica, hipótese em que se deve privilegiar a

## DOCTRINA

realidade sobre a forma, responsabilizando todos aqueles que exercem efetivamente o poder empresarial traduzido na direção unitária do empreendimento.

É essencial que o Direito do Trabalho se preocupe com as transformações na dinâmica operacional do poder empresarial para que suas normas sejam efetivas na missão de proteger o trabalhador, imputando ao responsável de fato os descumprimentos dos direitos trabalhistas. Porém, não se pode partir de soluções rígidas e apriorísticas para tratar de realidade multifacetada e complexa. O julgamento de questões relativas a grupos precisa ser feito com parcimônia e atenção às finalidades sociais e econômicas do regime legal de responsabilização, a fim de se evitar a indevida extensão da responsabilidade a casos injustificáveis, como o do mero investimento passivo.

Por mais que seja legítimo que os aplicadores das normas trabalhistas se preocupem com a situação dos trabalhadores, a tutela de tais direitos deve ser realizada a partir de parâmetros adequados de responsabilização, sob pena de atingir sujeitos alheios à condução da atividade empresarial, rompendo com o necessário equilíbrio entre poder e responsabilidade. Daí a importância do critério da direção unitária para efeitos da configuração dos grupos societários e da responsabilização daqueles que exercem o poder que possibilita a referida direção unitária, entendimento que está em total conformidade não apenas com a doutrina societária, como também com a disciplina específica da CLT.

Mesmo a chamada reforma trabalhista não alterou o protagonismo da direção unitária como critério de identificação de grupos. Na verdade, a reforma, além de ter mantido a distinção entre empregador real e grupo, até ampliou a definição de grupo, utilizando-se de conceito amplo e que abarca todos os casos de direção única, inclusive os grupos contratuais. Por essa razão, atenção redobrada deve ser dada ao § 3º do art 2º da CLT, que precisa ser interpretado de acordo com o critério da direção unitária e de acordo com a prática societária brasileira, em que não há efetivamente separação de interesses entre sociedades compostas por poucos sócios em comum, especialmente quando ainda atuam como administradores.

Além da necessidade de utilização de parâmetros coerentes para a identificação dos grupos na seara trabalhista, é preciso igualmente se buscar uma interpretação coerente e finalística da CLT, a fim de delimitar corretamente a solidariedade *sui generis* nela prevista, estendendo as suas consequências somente às sociedades que efetivamente exercem poder empresarial no grupo e, preferencialmente, na exata medida com que o exercem.

## DOCTRINA

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. Grupos de sociedades e direito do trabalho. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. V. LXVI, 1990.

ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. The governance of corporate groups. In: ARAUJO, Danilo; WARDE Jr., Walfrido (Org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

BULGARELLI, Waldírio. *O direito dos grupos e a concentração de empresas*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975.

CAMPINHO, Sérgio. A responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo de fato. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 11, p. 93-120, jul./dez. 2012.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTELLÕES, Leonardo. *Grupo de sociedades*. Curitiba: Juruá, 2008.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Forense, 2005.

DORE, Ronald. Goodwill and market capitalism. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Grupo econômico: implicações no direito da concorrência, no direito societário e sua repercussão no direito do trabalho. In: DONNINI, Rogério; CARRAZZA, Roque (Coord.). *Temas atuais de direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N.; ADAMEK, Marcelo Vieira. O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 50, n. 159/160, jul./dez. 2011.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Os grupos e a relação de trabalho. In: GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOTTSCHALK, Egon. O consórcio de empresas no direito brasileiro do trabalho. *Revista do Trabalho*, n. 4, abr. 1946.

LOBO, Jorge. Direito dos grupos de sociedades. *Revista dos Tribunais*, v. 88, n. 763, p. 20-40, maio 1999.

\_\_\_\_\_. *Grupo de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MAGANO, Octavio Bueno. *Os grupos de empresas no direito do trabalho*. São Paulo: RT, 1979.

## DOCTRINA

MARANHÃO, Délio. Grupo de sociedades, empregador único e a chamada solidariedade ativa. *Revista LTr*, v. 45, n. 2, p. 137-139, fev. 1981.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

PERANDONES, Pablo. El régimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma. In: ARAUJO, Danilo; WARDE Jr., Walfrido (Org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Viviane. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

\_\_\_\_\_. Grupos societários: análise do modelo da Lei nº 6.404/76. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 5-28, jun./dez. 2005.

RAMALHO, Maria do Rosário. *Grupos empresariais e societários*. Incidências laborais. Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, Clóvis do Couto. Grupos de sociedades. *Revista dos Tribunais*, v. 78, n. 647, p. 7-22, set. 1989.

SZTAJN, Rachel. Ensaio tipológico dos grupos de sociedades. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas*. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994.

TEUBNER, Gunther. Unitas Multiplex: a organização do grupo de empresas como exemplo. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 77-110, jun./dez. 2005.

WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 36, n. 110, p. 7-15, abr./jun. 1998.

WARDE Jr., Walfrido. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência. In: ARAUJO, Danilo; WARDE Jr., Walfrido (Org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

# OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Estêvão Mallet\*

Flávio da Costa Higa\*\*

## I – INTRODUÇÃO

**A** Lei nº 13.467 de 2017, que consubstancia a chamada Reforma Trabalhista, traz inovação importante no campo dos honorários advocatícios no processo do trabalho. A regra geral de inexigibilidade da parcela, nunca posta claramente pela lei, mas afirmada de maneira pacífica pela jurisprudência, cede passo para disciplina mais próxima da que vigora no processo civil. Com a entrada em vigor, em breve, do texto legal, há que buscar compreender o sentido das disposições do art. 791-A da CLT, de modo a determinar os pressupostos para a sua incidência, os seus limites e, inclusive, a sua aplicação ou não aos processos em curso. Antes disso, porém, não se afigura ocioso percorrer a evolução experimentada pelos honorários advocatícios no processo do trabalho. Ela não se deu de forma linear e apresenta algumas contradições e curiosidades.

## II – *JUS POSTULANDI* E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A CLT, na sua redação original, nada dispunha sobre a exigibilidade ou não de honorários advocatícios nas ações sujeitas aos procedimentos por ela disciplinados. Simplesmente não havia nenhuma referência ao tema. O que o legislador previu, desde o início, foi a possibilidade de postulação feita diretamente por empregados e empregadores, sem a necessidade de participação de advogados, conforme a conhecida regra do art. 791. Buscava-se, com essa franquia, além da preservação da gratuidade do processo – o que alguns elevavam à condição de verdadeiro princípio<sup>1</sup> –, a facilitação do acesso à justiça,

---

\* *Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado.*

\*\* *Juiz do trabalho em Coxim (MS); doutor e mestre pela Universidade de São Paulo; pós-doutorado pela Universidade de Lisboa; professor da escola da EMATRA/MS.*

1 Por exemplo: “Descabem honorários de sucumbência relativamente a parte não assistida por procurador credenciado pelo sindicato da categoria, sucumbente em parte na ação, já que viola princípio da gratuidade do Processo do Trabalho” (TRT da 4ª Região, Proc. 0058200-22.1995.5.04.0201, Relª Vânia Mattos, j. 31.08.00).

que se supunha ficaria entravada com a exigência de representação por advogado, especialmente em um país com as características do Brasil da década dos 40 do século passado, ainda no início de sua industrialização, com largas áreas afastadas dos grandes centros, sem advogados em número suficiente para atender às necessidades dos que buscariam a tutela de seus direitos, especialmente os trabalhadores.

Para admitir a atuação pessoal das partes, sem representação por advogados, partiu o legislador da suposição de que o processo por ele concebido envolveria também controvérsias mais simples, estruturando-se o correspondente procedimento de maneira menos formalista, sem as sutilezas do processo civil, muito mais técnico e complexo, especialmente em comparação com o Código de Processo Civil de 1973, repleto de procedimentos especiais<sup>2</sup>, entre outras complicações. Daí a permissão, no processo do trabalho, para o oferecimento de reclamação verbal (art. 840, § 2º, da CLT), com defesa igualmente verbal (art. 847), e julgamento na mesma sessão de audiência (art. 850), com exclusão de nulidades rituais (art. 794), tudo para assegurar fácil manejo do procedimento, concentração e celeridade.

Dessa simplicidade e da conseqüente possibilidade de atuação direta das partes, sem necessidade de representação obrigatória por advogados, tirou a jurisprudência a inexigibilidade de honorários advocatícios em lides trabalhistas. Se a contratação de advogado é facultativa, quem decide por ela deve arcar com os custos correspondentes, sem os poder imputar à outra parte, sucumbente no objeto do processo. De uma coisa (*jus postulandi*) fazia-se decorrer outra (inexistência de honorários de sucumbência)<sup>3</sup>.

### III – A FALSIDADE OU SUPERAÇÃO DA PREMISSA

A premissa para a permissão de atuação pessoal de trabalhadores e empregadores, se não era desde o início falsa, com o passar do tempo mostrou-se desajustada.

---

2 Cf. o Livro IV, com os seus trinta e oito títulos, e a crítica feita na Exposição de Motivos do CPC de 1973, em que os quase quinhentos artigos voltados aos assim chamados processos especiais mereceram o seguinte comentário: “Vergando ao peso da tradição, conservou as linhas básicas dos recursos que herdamos de Portugal, com as distinções sutis que os tornam de trato difícil” (item 4).

3 A proposição está presente, por exemplo, no seguinte acórdão, citado como mera ilustração: “Na esfera da Justiça do Trabalho, deve ser assegurado ao trabalhador amplo acesso à justiça. Assim, vige a disposição que permite o *jus postulandi* e suas conseqüências. Portanto, não há que se falar em indenização, pois não há ato ilícito ou culpa, na medida em que não há obrigatoriedade de contratar advogado, bastando comparecer ao setor de reclamações verbais. Destarte, se o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato de classe, não faz jus aos honorários advocatícios, por não preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 e pela não observância do entendimento esposado pelas Súmulas ns. 219 e 329 e pela Orientação Jurisprudencial nº 305 do c. TST” (TRT da 2ª Região, 12ª T., Proc. 01687-2005-382-02-00-8, Rel. Delvio Buffulin, j. 01.06.06, DJ 13.06.06).

Se o processo do trabalho era simples ao tempo em que aprovada a CLT<sup>4</sup>, tornou-se cada vez mais complexo, cheio de sutilezas, de tecnicidades e, até mesmo, de bizarrices<sup>5</sup>, ao lado de formalismos exacerbados<sup>6</sup>. Os litígios passaram a envolver temas intrincados, como mostram as ações civis públicas sobre os mais variados assuntos; ações sobre acidentes de trabalho e doenças profissionais, inclusive de caráter exclusivamente psicológico; ações sobre assédio moral e sexual; ações com pedidos cominatórios, para a não realização de certas atividades – como a proibição do exercício da função de provador de cigarro<sup>7</sup> – ou para a proibição de adoção de certas formas contratuais; ações com pedido de tutela inibitória, como, por exemplo, proibição de adoção de determinados critérios para a seleção dos trabalhadores a serem admitidos<sup>8</sup>; ações relacionadas com a não celebração de contratos de trabalho ou com o descumprimento de promessa de contratação de trabalhadores ou, ainda, para

- 
- 4 No início, de fato a Justiça do Trabalho lidava com questões mais simples, como pedidos de pagamento de horas extras, de décimo terceiro salário, de aviso prévio ou, quando muito, de reconhecimento de contrato de trabalho não registrado. O rol do art. 652 da CLT, especialmente na alínea *a*, item II, não é gratuito. Não foi feito por acaso nem decorreu de mera elucubração. Ao contrário, ilustra bem as matérias mais comumente examinadas pela Justiça do Trabalho em sua origem: dissídios sobre “remuneração, férias e indenizações por motivo de rescisão do contrato individual de trabalho”.
- 5 Houve um caso em que a procuração, utilizada para a impetração de mandado de segurança, embora perfeitamente regular e trazida na petição inicial, veio após o substabelecimento. Apenas a ordem de juntada do documento não era a ideal. Nada além disso. Extinto o mandado de segurança, sob o impróprio fundamento de falta de poderes de representação, por manifesto erro de percepção das peças dos autos, os embargos de declaração apresentados para correção do equívoco não mereceram provimento. Aduziu-se: “O normal é que o instrumento de procuração esteja juntado antes do substabelecimento. Este veio aos autos à fl. 17; a procuração, à fl. 395, o que torna impossível (*sic*) a localização da mesma (*sic*). Ademais, não é através de Embargos de Declaração que se discute esta questão, pretendendo o autor apenas modificar a decisão” (TRT da 2ª Região, SDI 5, MS 13357200700002001, Rel<sup>a</sup> Iara Ramires da Silva de Castro, j. 03.09.08, DJ 25.09.08); a doutrina dá conta de que o problema não ocorre apenas no Brasil. Também na Itália “pretesi vizi della procura alle liti” são invocados como “una sorta di riflesso di autodefesa contro la semiparalisi indotta dall’aumento incontrollato dei ricorsi” (CHIARLONI, Sergio. *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2015, n. 239, p. 113/114).
- 6 Vejam-se dois exemplos, bem expressivos: “Petição protocolizada com número errado. Preclusão. Compete à parte zelar pela prática dos atos processuais, restando inconcebível a pretensão de repasse de sua responsabilidade à Secretaria da Vara, devendo ser mantida a preclusão quanto à discussão relativa a meros cálculos” (TRT da 2ª Região, 2ª T., AP 02641200105602001, Ac. 20080284412, j. 03.04.08, DOE 22.04.08; e TRT da 2ª Região, 13ª T., Proc. 0000321-81.2011.5.02.0062, Ac. 20120951104, j. 14.08.2012, DJe 24.08.2012). Na mesma linha: “O erro na indicação do número do processo no comprovante de recolhimento do depósito recursal impossibilita o conhecimento do recurso por deserção” (TRT da 10ª Região, 1ª T., Proc. 00217-2007-011-10-00-3, j. 27.06.07, DJ 13.07.07).
- 7 TST, SDI 1, Proc. ED-E-ED-RR – 120300-89.2003.5.01.0015, Rel. Min. João Oreste Dalazen, atualmente pendente de exame de recurso extraordinário.
- 8 É a matéria em discussão no processo TST-RR-142040-87.2000.5.01.0022, em que a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu, em voto do Ministro Vieira de Mello Filho, o cabimento de ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para questionar critérios de edital com oferta de empregos em sociedade de economia mista (cf. julgamento de 08.06.2011, DEJT 17.06.2011).

impor a contratação de deficientes; ações relativas ao meio ambiente de trabalho, em suas mais diferentes manifestações; ações voltadas a impedir a prestação de serviço por trabalhadores vinculados a cláusulas de não competição; ações pela perda de uma chance pré-contratual, contratual e pós-contratual<sup>9</sup>; ações revisionais, decorrentes da mudança do quadro fático ou jurídico existente ao tempo em que proferida a condenação<sup>10</sup>, em caso de relação jurídica continuativa<sup>11</sup>; ações para a tutela da intimidade dos trabalhadores<sup>12</sup>, além de outras. As distinções que a jurisprudência por vezes propõe não raro escapam à compreensão até mesmo dos técnicos<sup>13</sup>. Isso para não falar dos problemas suscitados pelas sucessivas alterações legislativas<sup>14</sup>.

- 
- 9 Sobre o tema, de maneira aprofundada: HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*. Texto em que se encontra compreensivo estudo do assunto, com indicação de vários precedentes jurisprudenciais.
- 10 Ou até mesmo mudança da jurisprudência predominante na altura em que celebrado termo de ajustamento de conduta, cf. TST, 7ª T., Proc. TST-RR-1030-74.2010.5.08.0001, Rel. Douglas Alencar Rodrigues, j. 16.11.2016, em que se admitiu a revisão do negócio, uma vez que “após intensos debates acerca da questão jurídica suscitada – ausência de dano moral em razão de revistas íntimas, realizadas de forma impessoal e discreta, sem contato físico ou exposição da intimidade do trabalhador –, consolidou-se (a jurisprudência) em sentido diverso do que orientou a celebração do TAC, revela-se perfeitamente cabível a revisão do quanto convencionado, assegurando-se a isonomia e a segurança jurídica aos envolvidos...”
- 11 A propósito: PERES, Antonio Galvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Ação revisional e meio ambiente do trabalho: a coisa julgada em face das alterações de fato ou de direito. In: *O direito material e processual do trabalho dos novos tempos: estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009. p. 38-49.
- 12 Confira-se, a propósito, o seguinte precedente: “A divulgação, pela empresa, de lista nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado implica difusão abusiva de dados pessoais dos trabalhadores, violando o direito à intimidade, porquanto extrapola a determinação contida no art. 39, § 6º, da CF, que admite, tão somente, a publicação dos valores destinados aos cargos e empregos públicos sem individualização dos titulares” (TST, 6ª T., AIRR 340041-22.2007.5.09.0322, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 25.02.2011).
- 13 Pense-se na discussão sobre a medida adequada para a defesa de quem é atingido por ato executivo, nos mais variados contextos. Nem a jurisprudência fornece indicação segura: “Embargos de terceiro. Suposto integrante de grupo econômico. Cabimento. A empresa incluída no polo passivo da execução sob o fundamento de pertencer ao mesmo grupo econômico da executada, ainda que supostamente responsável pela dívida, não deixa de ser terceira para fins da legislação processual, quando afirma essa condição” (TRT da 2ª Região, 14ª T., AP 00018417720135020039, Rel. Manoel Ariano, j. 24.07.2014, DJ 01.08.2014) e “Carece de legitimidade ativa para a utilização dos embargos de terceiro a parte que é incluída no polo passivo dos autos principais de reclamação trabalhista. Inteligência dos arts. 884 da CLT e 1.046 do CPC... Incluída a parte no polo passivo da execução, a defesa cabível contra a execução dos seus bens são os embargos à execução, após a garantia do juízo, na forma prevista no art. 884 da CLT” (TRT da 1ª Região, 7ª T., AP 00012184720115010027, Rel. Rogerio Lucas Martins, j. 09.12.2013, DJ 16.12.2013).
- 14 Será ainda, diante do art. 966, § 4º, do vigente CPC, a ação rescisória o meio próprio para desconstituir termo de acordo homologado judicialmente, como pretende a Súmula nº 250 do Tribunal Superior do Trabalho, editada ao tempo do CPC anterior, sobre cuja subsistência nada disse o Tribunal até agora?

## DOCTRINA

No cenário descrito, a parte que comparece em juízo sem advogado incorre em elevado risco de comprometer o exame de sua pretensão, por desconhecimento técnico. No fundo, a condução do processo torna sempre mais complexa e até mesmo mais difícil a sua composição amigável, por não serem bem assimilados os riscos envolvidos na ação. Aos leigos que participam diretamente do conflito não é fácil abstrair o componente emocional que dele emerge, para aceitar composição racionalmente justificável. No Tribunal Superior do Trabalho certa feita assentou-se, com muita propriedade: “Sob um prisma psicológico, sem o concurso do advogado, a parte louva-se do processo para um desabafo sentimental pouco produtivo; obcecada pela paixão e pelo ardor, não tem, como regra, a serenidade para captar os pontos essenciais do caso para melhor resguardo dos seus interesses, ao passo que o advogado, sem rancores pessoais, garante uma defesa mais persuasiva e eficaz”<sup>15</sup>.

Já se apenas a parte mais pobre comparece pessoalmente, para evitar, com o exercício do seu *jus postulandi*, maior dispêndio de dinheiro com a contratação de advogado, confrontando-se com litigante tecnicamente orientado, a desigualdade econômica transforma-se *ipso facto* em desigualdade processual. Por isso mesmo Calamandrei escreveu: “per assicurare praticamente nel processo la libertà e la uguaglianza delle parti bisogna porre accanto a ciascuno di esse, in ogni momento del processo, un difensore che colla sua intelligenza e colla sua conoscenza tecnica dei meccanismi processual ristabilisca l’equilibrio del contraddittorio”<sup>16</sup>. No fundo, o direito à representação por um advogado implica, no âmbito do processo, “l’espressione più importante del rispetto della persona: dove non è difensore, la personalità del giudicabile à monomata”<sup>17</sup>.

Assim, se o *jus postulandi* pode formalmente facilitar o acesso à justiça, em termos concretos e práticos expõe os litigantes a vários riscos, inclusive o de perecimento do direito, por falta de domínio da técnica processual, das sutilezas da jurisprudência ou das cizânias teóricas. É, em rigor, um acesso apenas aparentemente mais simples, que atrai a advertência formulada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no importante julgamento tomado em *Powell v. Alabama*, nos seguintes termos: “The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by

15 TST, Pleno, E-AIRR e RR-8558100-81.2003.5.02.0900, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 13.10.09, DEJT 01.04.2011.

16 Il rispetto della personalità nel processo. In: *Processo e democrazia, opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1964. volume primo. p. 693.

17 Il rispetto della personalità nel processo, cit., p. 693.

counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law”<sup>18</sup>.

Por outro lado, a gratuidade do processo não deve ser assegurada com o comprometimento da defesa técnica. O caminho é outro e envolve, em linhas gerais, patrocínio custeado por advogado público ou ligado a entidade de classe e, nos casos de sucumbência do litigante pobre, isenção de pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios da outra parte. Mais uma vez pode-se invocar a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, em enunciado três décadas posterior ao que se transcreveu acima, formulado em *Gideon v. Wainwright*: “reason and reflection require us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him”<sup>19</sup>.

Ademais, a ausência de honorários de sucumbência leva a que o litigante que não deseja correr o risco de comprometer sua postulação, por deficiência técnica, e resolve, portanto, utilizar-se do trabalho de advogado, tendo de suportar os custos decorrentes, receba, ao fim e ao cabo, tutela parcial, e não tutela integral. E o problema não se resolve inteiramente com a atribuição do crédito dos honorários para o advogado, por força dos arts. 22 a 24 – especialmente o art. 23 – da Lei nº 8.906, de 1994. Há o risco, que somente as forças do mercado podem evitar, de que o advogado receba honorários do seu representado, além dos honorários de sucumbência. A ser mesmo assim, surgirá o problema lembrado por Crisanto Mandrioli: “se... per ottenere il riconoscimento del diritto a 100 si dovesse spendere (senza poter recuperare) 20, se ne dovrebbe desumere che l’ordinamento tutela i diritti all’80 per cento e non nella loro integralità”<sup>20</sup>. É imperioso, para que haja verdadeira e plena tutela do direito reconhecido, que a necessidade de servir-se do processo não cause prejuízo algum a quem tem razão, conforme a clássica e sempre repetida proposição de Chiovenda<sup>21</sup>. Mas isso não se dá quando a parte vencedora não é ressarcida das despesas ocasionadas pelo processo, incluídas as efetuadas com advogado, cuja atuação mostra-se imprescindível para a tutela, de modo adequado, do direito violado.

Por fim, a ausência de honorários de sucumbência, além de prejudicar o litigante pobre, compromete a eficácia da norma trabalhista. Se o devedor

18 287 U.S. 45, 69.

19 372 U.S. 335.

20 *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1993. I. § 52. p. 300/301.

21 A proposição é antiga e foi formulada por Chiovenda em *Sulla “perpetuatio iurisdictionis”*, publicado posteriormente em *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930. volume primo. p. 273.

sabe que não há ônus adicional relevante para o inadimplemento da obrigação, tende, sob a perspectiva econômico-financeira, a deixar de cumpri-la pontualmente ou é, no fundo, estimulado a agir assim. É o que ocorre, em alguma medida, no campo das relações de trabalho. Quando a hora extra não é quitada, a consequência para o empregador é, na maioria das vezes, ter apenas que liquidar em juízo, com poucos acréscimos relevantes, arcando o próprio empregado com os honorários do seu advogado. Se o ônus é transferido para o empregador, o seu inadimplemento passa a gerar custo adicional, que pode estimular o pagamento pontual da parcela. Afinal, é importante que “the party who is in the wrong faces costs which are higher than those which he would pay if he simply carries out the law”<sup>22</sup>. Foi o que notou também a Corte de Apelações do Nono Circuito dos Estados Unidos, em julgado em que se lê: “...a fee award serves a purpose beneficial to society by encouraging the City of San Diego to ensure that all of its police officers are well trained to avoid the use of excessive force, even when they confront a person whose conduct has generated the need for police assistance”<sup>23</sup>. *Mutatis mutandis*, o mesmo pode ser dito no processo do trabalho.

#### IV – A JURISPRUDÊNCIA, AS PROGRESSIVAS EXCEÇÕES E OS PARADOXOS CRIADOS

As circunstâncias indicadas anteriormente, em particular a complexidade crescente dos litígios trabalhistas, levaram a jurisprudência a relativizar, aos poucos, a franquia do *jus postulandi* e, por conseguinte, a afirmação de inexistência de honorários sucumbenciais. Mas a evolução não se fez de maneira linear. São evidentes algumas graves contradições.

A regra do art. 133 da Constituição, na qual alguns viram o fim do *jus postulandi*, não alterou em nada o quadro<sup>24</sup>. Tampouco o fez o art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.906, de 1994, ao menos segundo a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>25</sup>. O passo mais significativo veio como desdobramento da Emenda Constitucional nº 45. A redação dada ao art. 114 fez com que passasse à competência da Justiça do Trabalho o julgamento de outras causas não decorrentes da relação de emprego, especialmente ações relacionadas com anulação de certos atos administrativos e com litígios decorrentes de relação de trabalho,

---

22 TULLOCK, Gordon. *Trials on trial: the pure theory of legal procedure*. New York: Columbia University Press, 1980. p. 19.

23 *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Guy v. City of San Diego*, n. 08-56024, publ. 17.06.2010.

24 Súmula nº 329 do Tribunal Superior do Trabalho.

25 Cf. ADI 1.127-8, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.05.06, DJ 11.06.2010.

sem a existência de relação de emprego<sup>26</sup>. Em pouco tempo o Tribunal Superior do Trabalho afirmou a exigibilidade dos honorários advocatícios em lides não decorrentes da relação de emprego<sup>27</sup>. E assim concretizou-se o primeiro paradoxo. O empregador vencido em ação trabalhista paga apenas o crédito devido, sem acréscimo de honorários advocatícios. Já quem contrata o serviço de pequeno empreiteiro, sendo condenado em ação trabalhista (CLT, art. 652, *a*, inciso III), tem de liquidar o crédito acrescido de honorários advocatícios. Em tese, também na ação do trabalhador portuário deveria ocorrer o mesmo, dado não haver relação de emprego, mas sim mera relação de trabalho. Dificilmente se compreende e se justifica a solução dispar.

Outro passo significativo foi a afirmação da exigibilidade dos honorários advocatícios em ação rescisória, nos termos da Súmula nº 219, inciso II. Não é sem importância notar que essa parte do verbete decorre de precedentes em que se nega a aplicabilidade do *jus postulandi* às ações rescisórias<sup>28</sup>. Mas a previsão induziu grave paradoxo. Ação de empregado cujo pedido é julgado procedente desde logo não gera condenação em honorários. Se, porém, o pedido é julgado improcedente, transita em julgado, e sobrevém ajuizamento de ação rescisória, cujo pedido de rescisão e rejuizamento é acolhido, deve haver condenação em honorários advocatícios. Como explicar tão inusitada realidade?

O último problema surgiu com a aprovação da Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho: “O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”. Se a ausência de honorários advocatícios decorria da possibilidade de exercício do *jus postulandi*, haveria de reconhecer-se a necessidade de condenação no pagamento da parcela sempre que a tramitação do processo envolvesse o Tribunal Superior do Trabalho, onde somente se passou a admitir a representação por advogado. Mas a esse resultado a jurisprudência nunca chegou. Tem-se, então, obrigação de contratação de advogado, sem possibilidade de recebimento de honorários de sucumbência.

---

26 Cf. art. 114, incisos I, VII e IX. Para algumas anotações, em doutrina: MALLETT, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 71, n. 1, jan./abr. 2005, p. 198 e segs.

27 Instrução Normativa nº 27, art. 5º e, posteriormente, Súmula nº 219, inciso IV.

28 TST, SDI II, AR 1853596-77.2007.5.00.0000, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DEJT 05.12.08; e TST, SDI II, ROAR 295979-22.1996.5.08.5555, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 14.05.99.

V – A REFORMA TRABALHISTA E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com a Lei nº 13.467, passam a ser devidos os honorários advocatícios nas ações trabalhistas, sem que se tenha revogado a possibilidade de exercício de *jus postulandi* pelas partes. Os arts. 791 e 839, alínea *a*, da CLT não são afetados pela nova legislação<sup>29</sup>. A harmonização de um sistema híbrido é adequada a um país de dimensões continentais e realidades tão distintas quanto o Brasil, pois permite acomodar experiências de locais ermos, onde o acesso ao Judiciário para causas simples e de pequeno valor só se realiza graças à possibilidade de postulação pessoal, ao lado da vivência de metrópoles e grandes centros urbanos, dotados de enormes bancas de advocacia e processos tão complexos que “o exercício da capacidade postulatória se tornou uma caricatura de si mesma”<sup>30</sup>.

Diferentemente do que se intui, todavia, o pagamento de honorários de advogado, com fundamento na derrota da parte adversa, não está atrelado – epistemologicamente – à capacidade ou incapacidade postulatória da parte. Há, basicamente, duas regras opostas quanto aos honorários de advogado, desatreladas, em princípio, desse fundamento: de um lado, a chamada *english-rule* ou *costs-shifting rule*, segundo a qual “a parte vencedora (‘ou recebedora’) deve recuperar seus ‘custos-padrão’ de seu opositor (‘a parte pagadora’)”<sup>31</sup> e, do outro, a denominada *american rule*, segundo a qual cada litigante responde apenas pelos honorários do seu próprio advogado<sup>32</sup>.

Não obstante a imprescindibilidade de o advogado possuir previsão constitucional (art. 133), o processo do trabalho, no Brasil, sempre adotou a “regra americana”, restringindo as condenações à verba honorária às hipóteses em que o autor estivesse assistido por entidade sindical (Lei nº 5.584/70, art. 14) e às ações e recursos em que a jurisprudência exige a presença de advogado (TST, Súmula nº 425). A Lei nº 13.467, todavia, quebra esse paradigma ao generalizar o direito aos honorários de advogado com base em regra de sucumbência, mediante inserção, na CLT, do art. 791-A, nos seguintes termos, *verbis*:

29 Sem embargo de a jurisprudência já ter amainado consideravelmente o alcance dessa regra, ao entendê-la inaplicável à ação rescisória, à ação cautelar, ao mandado de segurança e aos recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho, na forma da já lembrada Súmula nº 425.

30 SILVA, Homero Batista da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017. p. 140.

31 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009. p. 214.

32 “In the United States, the losing party does not generally pay the winner’s legal fees. Each party is only obligated to pay his or her own attorney’s fees, regardless of the outcome of the litigation. This practice is called the ‘American Rule’; the practice that allows shifting of legal fees is called the ‘English Rule’.” (VARGO, John F. The American Rule on attorney fee allocation: the injured person’s access to justice. *The American University Law Review*, v. 42, p. 1.568-1.636, 1993, p. 1.569).

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

O desmembramento das expressões contidas no dispositivo ora transcrito é pedagogicamente favorável à sua compreensão:

a) “Ao advogado” – o sujeito da oração torna inequívoco o destinatário da verba, como consta, aliás, da regra geral do art. 23 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e também do art. 85, § 14, do CPC<sup>33</sup>. Com isso, os honorários de advogado perderam, também na esfera trabalhista, a sua justificativa original – e a natureza jurídica de dano emergente –, qual fora a de recompor integralmente o patrimônio do vencedor, diante do dano experimentado pela contratação de advogado a fim de obter a tutela jurisdicional<sup>34</sup>.

b) “Ainda que atue em causa própria” – repete-se comando semelhante ao do § 17 do art. 85 do CPC. Assumido o pressuposto de que os honorários pertencem ao advogado, não faz sentido, deveras, distinguir a condenação ou não na parcela pelo fato de o profissional advogar em causa própria ou de outrem.

c) “Serão devidos honorários de sucumbência” – esse fragmento deixa patente que os honorários são devidos em razão unicamente do “princípio da causalidade”, ou seja, pelo fato objetivo da derrota. Pertinente observar, todavia, que, apesar da ausência de explicitação legal, eles são devidos – nos mesmos percentuais e arbitrados sob os mesmos critérios – independentemente do conteúdo da decisão, inclusive nas hipóteses de improcedência e de extinção sem resolução meritória, por aplicação subsidiária e supletiva (CLT, art. 769 e CPC, art. 15) do § 6º do art. 85 do CPC<sup>35</sup>.

---

33 “Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.” (BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*)

34 De acordo com o comentário de Aguiar Dias, acerca do art. 912 do CPC/1939: “Na indenização, deve ser computada a verba para honorários de advogado, conforme estabelece o art. 912 do Código de Processo Civil. De outra maneira, a reparação não seria completa, desfalcando o *quantum* da quantia necessária a solver essa obrigação” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. II. p. 823)

35 “Art. 85. (...) § 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.”

d) “Fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento)” – optou-se pela fixação em patamares inferiores aos do processo civil, que procede ao escalonamento entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), *ex vi* do art. 85, § 2º, do CPC. Conquanto não haja razão lógica para o tratamento discriminatório aos profissionais que advogam perante a Justiça do Trabalho, não se vislumbra inconstitucionalidade no texto legal, porquanto também não havia mácula à Lei Maior quando nem sequer eram atribuídos honorários de advogado. Sob o prisma fenomênico, as transformações sociais costumam ocorrer – e são, por vezes, melhor digeridas – gradativamente do que em giros de cento e oitenta graus. É possível que o legislador tenha tomado como referência, sem maior cuidado técnico, o percentual existente no art. 11 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950<sup>36</sup>, que, durante muito tempo, serviu de teto para as condenações em honorários assistenciais. É de se lamentar, porém, caso tenha sido esse o referencial, uma vez que tal dispositivo fora expressamente revogado pelo novo CPC (art. 1.072, III), e o Tribunal Superior do Trabalho já havia adaptado sua jurisprudência com o escopo de assimilar os percentuais da legislação processual comum (Súmula nº 219, V). Ainda sobre a fixação dos percentuais, a regra do § 4º do art. 90 do CPC – redução por metade dos honorários em casos de reconhecimento da procedência do pedido seguida do cumprimento integral da prestação reconhecida –, por ser integralmente consentânea com os escopos do processo do trabalho, também comporta aplicação subsidiária e supletiva.

e) “Sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa” – a parte final do artigo estabelece a base de incidência dos honorários. Contudo, a primeira dúvida a ser dirimida diz respeito à utilização do vocábulo “sentença”, enquanto espécie de pronunciamento judicial sobre a qual serão apurados os percentuais. Malgrado o julgamento antecipado parcial do mérito<sup>37</sup> (CPC, art. 356, I e II) não possa ser conceituado como tal, haja vista não se tratar do “pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva” (CPC, art. 203, § 1º), mas apenas a algum(ns) de seus capítulos, é indubitável que a lei disse menos do que deveria, sendo

36 “Art. 11. (...) § 1º Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença.” (BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950)

37 Aplicável ao processo do trabalho, por força do art. 5º da Instrução Normativa nº 39 do TST, *verbis*: “Art. 5º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC que regem o julgamento antecipado parcial do mérito, cabendo recurso ordinário de imediato da sentença” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 203, de 15 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 10 set. 2017).

devidos honorários nas hipóteses de decisão parcial, conforme Enunciado nº 5 do CJF<sup>38</sup>. No que concerne ao “valor que resultar da liquidação da sentença”, a tendência é de que esse valor seja tomado sem o desconto de contribuições fiscais e previdenciárias (Orientação Jurisprudencial nº 348 da SBDI-I/TST)<sup>39</sup>. *Mutatis mutandis*, o “proveito econômico obtido” pode significar, v.g., para o réu, o valor que ele deixa de desembolsar com uma eventual sentença de improcedência. Por isso, aliás, é de suma importância que os pedidos passem a ter indicação fidedigna do valor (CLT, art. 840, § 1º, com redação dada pela Lei nº 13.467)<sup>40</sup>, em observância aos critérios do art. 292 do CPC<sup>41</sup>, ainda que a jurisprudência trabalhista continue a entender que o valor atribuído seja mera estimativa e não vincule o juízo<sup>42-43</sup>. A lei adota como referência, ainda, o valor atualizado da causa, nas hipóteses em que o proveito econômico for inestimável. Apesar de ser um referencial seguro, não se pode perder de vista a possibilidade de apreciação equitativa, prevista no § 8º do art. 85 do CPC, principalmente nas hipóteses em que o valor atribuído à causa for irrisório e,

38 “Enunciado nº 5 – Ao proferir decisão parcial de mérito ou decisão parcial fundada no art. 485 do CPC, condenar-se-á proporcionalmente o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, nos termos do art. 85 do CPC.” (Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. *I Jornada de Direito Processual Civil*. Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017)

39 “348. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR LÍQUIDO. LEI Nº 1.060, DE 05.02.1950. Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários.”

40 CLT: “Art. 840. (...) § 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, e breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante”. (Sem destaques no texto original)

41 Notadamente aos itens V e VI, que tratam das pretensões de danos extrapatrimoniais e da cumulação objetiva, hipóteses mais recorrentes perante a Justiça do Trabalho. CPC: “Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: (...) V – na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; VI – na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;”.

42 “Diante da complexidade que envolve os cálculos trabalhistas, além das inúmeras discussões doutrinárias e jurídicas acerca da incidência de reflexos, seria desarrazoado atribuir ao valor do pedido lançado na petição inicial a certeza absoluta de um mesmo valor que se fixa, por exemplo, no caso de uma execução de um título extrajudicial. Não se exige, no Processo do Trabalho, a mesma indicação “precisa” a que referia o CPC de 1939, nem tampouco o refinamento na individualização do valor da causa, disciplinado nos arts. 42 a 49 do CPC de 1939. O valor atribuído pelo reclamante, no caso dos autos, representou mera estimativa, simplesmente para a fixação de alçada (art. 852-B, I, da CLT), não servindo como limite ao valor efetivamente auferido, após regular procedimento de liquidação de sentença. Ao deixar de limitar a condenação aos respectivos valores indicados na reclamação trabalhista, o juiz de primeiro grau não violou o princípio da congruência, como reconhecido pelo Tribunal Regional, razão pela qual impõem-se a reforma do julgado, a fim de se restabelecer o critério de liquidação indicado na sentença.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 11064-23.2014.5.03.0029, Rel. Des. Conv. Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, DEJT 23.06.2017)

43 Mas que deveria servir, no mínimo, para que o juiz avaliasse o comportamento da parte (CPC, art. 5º), sob pena de a norma tornar-se absolutamente anódina.

em consequência, implicar honorários aviltantes<sup>44</sup> ou, por que não?, excessivos, desproporcionais ao trabalho realizado<sup>45</sup>.

A Lei nº 13.467 determina que “os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria” (§ 1º). Aprioristicamente, nada mais fez do que se apoderar daquilo que a jurisprudência já consolidara, tanto em relação às ações “em face” – e não “contra”, mas a norma definitivamente não primou pela técnica – da Fazenda Pública<sup>46</sup> quanto nas ações em que o sindicato for substituto processual. Depois de oscilações sumulares, primeiramente concedendo<sup>47</sup> e depois negando<sup>48</sup> honorários de advogado, a jurisprudência evoluiu no sentido de entender a verba devida “pela simples sucumbência da parte contrária”<sup>49-50</sup>.

44 Nesse sentido, a propósito, o Enunciado nº 6 do CJF, *verbis*: “Enunciado nº 6 – A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º do art. 85 do CPC” (Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. *1 Jornada de Direito Processual Civil*. Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017).

45 Cf., na jurisprudência formada ao tempo do CPC anterior: “(...) 4. Quanto à fixação de honorários advocatícios, o STJ, via de regra, mantém o valor estabelecido na origem, por força do óbice da Súmula nº 7/STJ; todavia, em situações excepcionais, quais sejam: fixação da condenação em patamares ínfimos ou exorbitantes, a jurisprudência deste Tribunal autoriza a revisão do *quantum* estabelecido no acórdão *a quo*. 5. Na hipótese dos autos, a fixação da condenação em honorários advocatícios em torno de R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais), que corresponde a 1/11 do valor da dívida, configura valor excessivo; portanto, nesse ponto, merece reparo a decisão agravada, exclusivamente para determinar a redução do montante fixado a título de honorários advocatícios em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Agravo regimental provido em parte” (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 980.349/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10.06.08, DJe 24.06.08).

46 Súmula nº 219 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. (...) VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil”.

47 Súmula nº 220 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970, são devidos os honorários advocatícios, ainda que o sindicato figure como substituto processual”.

48 Súmula nº 310 do TST: “SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. (...) VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios”.

49 “O Tribunal Superior do Trabalho, em face do cancelamento da Súmula nº 310, item VIII, desta Corte e na linha das diretrizes traçadas pelas Súmulas ns. 219 e 329 do TST, havia pacificado o entendimento de que o sindicato, na condição de substituto processual da categoria profissional, faz jus à percepção dos honorários de advogado, desde que preenchidos os requisitos elencados no art. 14 da Lei nº 5.584/70. Contudo, a jurisprudência desta Corte recentemente evoluiu ainda mais para firmar o entendimento de que o sindicato faz jus ao recebimento de honorários assistenciais pela simples sucumbência da parte contrária, ou seja, quando o ente sindical resultar vencedor em demanda em que atua na qualidade de substituto processual, independentemente da exigência de comprovação da hipossuficiência de cada um dos substituídos (...)” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR – 38400-75.2009.5.09.0072, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, SbDI-I, DEJT 17.03.2017) (Sem destaques no original)

50 Súmula nº 219 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. (...) III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego”.

O § 2º arrola os critérios a serem observados para fixação de honorários advocatícios – I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço –, matéria em que o legislador agiu por mimetismo, limitando-se a replicar o disposto no art. 85, § 2º, do CPC.

Já o § 3º determina que “na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrarará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”. Em que pese o dispositivo também reproduzir, com outras palavras, o disposto no § 14 do art. 85 do CPC<sup>51</sup>, seu impacto é muito mais avassalador no Direito Processual do Trabalho, marcadamente caracterizado pela cumulação objetiva de pedidos. Há um lado positivo na inserção de elementos de risco na postulação, que é escoimar a formulação de pedidos sabidamente irresponsáveis. A Análise Econômica do Direito trabalha com a premissa de que todo agente racional tende a maximizar suas preferências, agindo de modo a otimizar seus ganhos, mediante análise de custo-benefício. Desse modo, a “árvore de decisões”<sup>52</sup> do autor de embutir ou não pedidos frívolos está diretamente imbricada às perdas e aos ganhos que podem resultar dessa atitude. Atualmente, pode-se afirmar que a inclusão desmedida de pretensões tem um custo de transação muito baixo para quem as veicula. Isso porque significativa parcela dos autores de ações perante a Justiça do Trabalho obtém, sem dificuldade, os benefícios da justiça gratuita, o que os isenta do pagamento de despesas processuais. Outrossim, caso sucumbam nas pretensões levianas, não pagam honorários de advogado, além de o risco de condenação por litigância de má-fé – ou de ela ter alguma consequência pedagogicamente eficiente<sup>53</sup> – ser baixo, por força de uma jurisprudência indulgente. Nesse quadro, a análise preditiva – a partir da “teoria dos jogos” – demonstra ser irracional – do ponto de vista econômico – que a parte abdique de formular pedidos banais, ainda que as chances de êxito sejam extremamente escassas. O problema desse raciocínio individualista é que alguém paga a conta de administrar cortes assoberbados de processos recheados de pretensões destituídas de fundamentos. “There’s

51 Que assim prescreve: “Art. 85. (...) § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (CPC).

52 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 403-466.

53 “A litigância de má-fé imputada ao autor não é suficiente para que seja indeferido o benefício da justiça gratuita. Isto porque as penalidades previstas a quem pleiteia de má-fé, nos termos do art. 18 do CPC, são taxativas, e por se tratarem de norma de caráter punitivo, devem ser interpretadas restritivamente.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR-235-50.2010.5.15.0041, 8ª Turma, j. 07.12.2011)

No *Such Thing as a Free Lunch*”, já advertia Milton Friedman<sup>54</sup>. A conta desse “almoço grátis” parece ter chegado aos contribuintes e aos jurisdicionados, seja pelo custo do Poder Judiciário<sup>55</sup> – que envolve, evidentemente, uma série de outras razões –, seja pela dificuldade de cumprir a promessa constitucional de celeridade e duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Advirta-se, porém, que essa conjuntura deontologicamente desfavorável não pode ser corrigida de modo açodado. O instituto da sucumbência recíproca – capitular e intracapitular –, sem compensação, constitui ferramenta poderosa no afã de aplacar a veiculação de pretensões descabidas, mas convém utilizá-la de modo escrupuloso, colmatando lacunas que o texto do parágrafo em questão não tratou com denodo.

A primeira delas diz respeito à decadência em parte mínima do pedido – entendido em seu conjunto e não de cada pedido isoladamente –, caso em que não faz sentido falar em “sucumbência recíproca”, e a prudência recomenda determinar ao outro (sucumbente na quase totalidade) que pague, por inteiro, os honorários de sucumbência, como já ocorre no processo civil (art. 86, parágrafo único)<sup>56</sup>. Assim, se o autor pede A, B, C, D, E, F, G e H – como é tão comum no processo do trabalho –, correspondendo o pedido H a reflexos do pedido G em DSR, o indeferimento apenas desse pedido não altera a sucumbência do réu, a quem deve ser atribuído o pagamento dos honorários advocatícios integralmente.

Outro ponto, ainda mais importante, pela frequência e relevância de sua veiculação perante a Justiça do Trabalho, diz respeito aos pedidos de compensação de danos extrapatrimoniais. É certo que o arbitramento do valor é dotado de alta carga de subjetividade, o que torna absolutamente impossível à parte mensurar o valor do ressarcimento que lhe pode ser concedido, ainda que assistida pelo melhor dos advogados. Em tais casos, a jurisprudência acertadamente entende que o valor dado à causa é meramente estimativo<sup>57</sup>, sob pena de incorrer em um terrível dilema: ou os autores formularão pedidos cada vez

---

54 FRIEDMAN, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. LaSalle: Open Court Publishing Company, 1975.

55 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016*: despesas e receitas totais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

56 CPC: “Art. 86. Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”.

57 “Dada a multiplicidade de hipóteses em que é cabível a indenização por dano moral, aliado à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 432.177/SC [2002/0050630-3], Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ 28.10.03)

mais tímidos, a fim de evitar a sucumbência, ou demandarão pela quantia que realmente julgam justa, com o risco de o valor devido a título de honorários sucumbenciais suplantar o montante deferido a título de indenização do prejuízo extrapatrimonial<sup>58</sup>. A questão é tão pacífica perante o Superior Tribunal de Justiça que chegou a ser solidificada em 2006, por meio da Súmula nº 326, segundo a qual, “na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”<sup>59</sup>.

O mais polêmico de todos os dispositivos relativos à disciplina dos honorários de advogado ficou reservado ao § 4º, cujo teor é o seguinte:

“§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, *desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”<sup>60</sup>

O problema do dispositivo em questão reside no fato de ele determinar que as obrigações decorrentes da sucumbência são exigíveis, *ainda que o vencido seja beneficiário da justiça gratuita*, desde que ele tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. O desafio – quiçá intransponível – é dar uma leitura constitucionalmente conforme a essa regra, diante da garantia de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, LXXIV). O artigo não colabora em absolutamente nada nesse mister: i) ele não possibilita ao juiz revogar o benefício da justiça gratuita; ii) não cria uma espécie de presunção – elidível, por prova em contrário – de que a obtenção de créditos, ainda que em outro processo, confere ao beneficiário condições de pagar as despesas de processos; iii) também não permite aquilatar que a declaração de pobreza, por ser relativa ao estado da pessoa, é ontologicamente mutante e, com o recebimento de crédito em outro processo, tem o condão de alterar a condição econômica – o que já seria extremamente discutível – e pos-

58 “Nos casos de indenização por danos morais, fixado o valor indenizatório menor do que o indicado na inicial, não se pode, para fins de arbitramento de sucumbência, incidir no paradoxo de impor-se à vítima o pagamento de honorários advocatícios superior ao deferido a título indenizatório.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgR no AI 459.509/RS [2002/0074813-5], Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19.12.03)

59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 326. DJ 07.06.06.

60 Sem destaques no texto original.

sibilitar o pagamento dos honorários de sucumbência, sem prejuízo do sustento próprio e dos familiares.

Deveras, o dispositivo em questão não faz nada disso. O que ele faz é criar a esdrúxula figura da “justiça gratuita paga”. Por isso, ele foi questionado pelo Procurador Geral da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766, ajuizada em 28.08.2017, ainda não decidida pela Suprema Corte<sup>61</sup>.

A própria leitura do dispositivo impõe o trancamento de interpretações constitucionalmente legítimas. Não é possível, por exemplo, entender que o dispositivo está a dizer o mesmo que dizia o art. 12 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, segundo o qual “a parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final (...)”<sup>62</sup>. Se assim o fosse, não se divisaria incompatibilidade com o texto constitucional, como já entendeu a Suprema Corte, porque haveria mera condição suspensiva de exigibilidade, qual seria a obliteração, no prazo legal, dos pressupostos aquisitivos dos benefícios da justiça gratuita<sup>63</sup>. Isso – e somente isso – é o que faz a legislação processual civil com os beneficiários da justiça gratuita. Mas o § 4º veda de modo hermético tal exegese, na medida em que ele é resolutivo ao dispor que a exigibilidade das verbas de sucumbência só fica suspensa se o vencido não receber créditos. Portanto, se ele receber créditos, por menores que sejam, por mais pobre que seja ele e por mais que não reúna condição nenhuma de suportar as despesas do processo sem comprometer a sua subsistência e a dos que dele dependerem, deverá pagar os honorários de sucumbência, conquanto o texto constitucional prometa-lhe assistência jurídica integral e gratuita.

Não bastasse a ofensa direta ao art. 5º, LXXIV, da CF, o § 4º do art. 791-A também molesta a isonomia (CF, art. 5º, *caput*), pois, malgrado os siste-

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.766. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5250582>>.

62 “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.” (Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950)

63 “O art. 12 da Lei nº 1.060/1950 foi recepcionada quanto às custas processuais em sentido estrito, porquanto se mostra razoável interpretar que em relação às custas não submetidas ao regime tributário, ao “isentar” o jurisdicionado beneficiário da justiça gratuita, o que ocorre é o estabelecimento, por força de lei, de uma condição suspensiva de exigibilidade. Em relação à taxa judiciária, firma-se convicção no sentido da recepção material e formal do art. 12 da Lei nº 1.060/1950, porquanto o Poder Legislativo em sua relativa liberdade de conformação normativa apenas explicitou uma correlação fundamental entre as imunidades e o princípio da capacidade contributiva no Sistema Tributário brasileiro, visto que a finalidade da tributação é justamente a realização da igualdade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, RE 249.003, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 10.05.2016)

mas processuais possuam características e peculiaridades diferentes, nada justifica o tratamento mais rigoroso dispensado ao sucumbente na esfera trabalhista. Além disso, o dispositivo perturba a concepção de “acesso à justiça” (CF, art. 5º, XXXV), pois, por mais difícil que seja definir a expressão, é certo que ela deve contemplar um sistema acessível a todos e que produza resultados individual e socialmente justos, como afirmam Cappelletti e Garth<sup>64</sup>. A Suprema Corte do Reino Unido teve a oportunidade de pronunciar-se recentemente sobre questão similar. Por lá, em 2013, passou a vigorar o “The Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013”<sup>65</sup>, que previa taxas de até 1.200 libras para ações trabalhistas, de acordo com a classe da ação. O impacto no acesso à justiça foi instantâneo e completamente devastador. Em apenas dois anos, o número de processos decresceu 67%, em ações que veiculavam diferentes pretensões, assim distribuídas: discriminação de gênero (- 87%); redução salarial (- 64%); equiparação salarial (- 70%); dispensas injustas (- 70%)<sup>66</sup>. A legalidade dessa norma fora desafiada perante a Suprema Corte, no caso *R v. Lord Chancellor [2017] UKSC 51* que, em decisão de 26 de julho de 2017<sup>67</sup>, declarou sua ilegalidade, por violação da garantia de acesso à justiça. E uma constatação merece destaque: o próprio discurso moralista segundo o qual a introdução das taxas judiciais corrigiria os abusos nos pedidos – fazendo com que apenas pleitos legítimos fossem veiculados – caiu por terra, haja vista os estudos terem demonstrado que os índices de ações improcedentes aumentaram constantemente a partir da cobrança de taxas<sup>68</sup>.

64 Que assim afirmaram: “A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 8).

65 REINO UNIDO. *The employment tribunals and the employment appeal tribunal fees order 2013*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk>>. Acesso em: 9 set. 2017.

66 REINO UNIDO. *Labour disputes: labour disputes annual estimates*. Disponível em: <<http://www.personneltoday.com/hr>>. Acesso em: 9 set. 2017.

67 REINO UNIDO. *R (on the application of UNISON) (Appellant) v Lord Chancellor (Respondent) [2017] UKSC 51*. UKSC 2015/0233. 26 Jul 2017. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0233.html>>. Acesso em: 9 set. 2017.

68 “57. A secondary objective of the introduction of fees was to deter the bringing of unmeritorious claims. The Review Report analysed the outcomes of single claims which had been presented after fees were introduced, and compared them with the outcome of cases during the three quarters preceding the introduction of fees. The results show that the proportion of successful claims has been consistently lower since fees were introduced, while the proportion of unsuccessful claims has been consistently higher. The tribunal statistics, which record the figures for all claims, show the same trend. The Lord Chancellor accepts that there is no basis for concluding that only stronger cases are being litigated”. Idem.

## DOCTRINA

O § 5º do art. 791-A estabeleceu serem devidos honorários de sucumbência na reconvenção. A disposição é mais restrita do que o § 1º do art. 85 do CPC<sup>69</sup>, no que traz polêmica acerca de eventual “silêncio eloquente” sobre as demais hipóteses versadas no diploma processual civil ou da possibilidade de sua aplicação subsidiária. Se por um lado é aceitável – sob o viés de opção de política judiciária, concordando-se ou não – vislumbrar a sucumbência globalmente e arbitrar uma única vez os honorários de advogado, o que justifica a sua exclusão nos recursos interpostos e no cumprimento da sentença, não faz sentido negar a parcela na hipótese de execução de título extrajudicial.

### VI – APLICAÇÃO NO TEMPO DAS NOVAS REGRAS

A Lei nº 13.467, publicada no Diário Oficial de 14 de julho de 2017<sup>70</sup>, estabeleceu, em seu art. 6º, que ela entraria em vigor “após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial”. Considerando o disposto no § 1º do art. 8º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, segundo o qual “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”, simples operação aritmética permite lobrigar que a alcunhada “reforma trabalhista” passará a vigorar a partir de 11 de novembro de 2017.

Contudo, o singelo raciocínio esboçado no parágrafo anterior está longe de equacionar a miríade de questionamentos advindos da chamada “eficácia temporal das leis” – também denominada de “direito intertemporal” ou “direito transitório” –, taxonomia adotada para tratar do modo como a lei nova afeta – notadamente – os processos em curso. Trata-se de questão delicada, que não pode ser solucionada de modo unívoco, uma vez que as respostas oferecidas reclamam preservação das garantias processuais e dos direitos constitucionalmente assegurados, o que implica certas peculiaridades e sutilezas.

A CLT, ora acusada – um tanto injustamente – de ter cometido o mesmo pecado do Rei Lear, qual fora o de “ter ficado velho, antes de ter ficado sábio”<sup>71</sup>, ocupou-se do tema, ao estabelecer, em seu art. 912, que “os dispositivos de

69 CPC: “Art. 85. (...) § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”.

70 BRASIL. Imprensa Nacional. *Diário Oficial da União*, ano CLIV, n. 134, 14 jul. 2017. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=14/07/2017&jornal=1&pagina=1&toTalArquivos=96>>. Acesso em: 7 set. 2017.

71 SHAKESPEARE, William. *O Rei Lear*. Trad. Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 40.

caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação<sup>72</sup>. Na mesma trilha, o Código de Processo Civil de 1939 também não se esquivou do assunto ao preconizar, no art. 1.047, que, “em vigor este Código, as suas disposições aplicar-se-ão, desde logo, aos processos pendentes<sup>73</sup>”.

Embrionariamente, então, fora essa a concepção que inspirou o legislador da década de 1930-1940: a ideia rudimentar de que as regras processuais apanham os processos em curso, sem nenhum tipo de ressalva. E essa compreensão mais rústica teve significativos influxos na jurisprudência. Deveras, quando promovida a alteração do art. 64 do CPC de 1939 – que expandiu o direito aos honorários advocatícios, antes restrito às ações resultantes de dolo ou culpa<sup>74</sup>, passando a ser fundamentado na mera causalidade, *rectius*, no princípio da sucumbência<sup>75</sup> –, o Supremo Tribunal Federal interpretou a eficácia temporal da mudança a partir da noção de que a regra alcançava os processos em curso, independentemente de outras circunstâncias<sup>76</sup>. E esse entendimento teve um grau de aceitação tão elevado perante a Suprema Corte que foi cristalizado na Súmula nº 509, cujo teor é o seguinte: “A Lei nº 4.632, de 18.05.65, que alterou o art. 64 do Código de Processo Civil, aplica-se aos processos em andamento, nas instâncias ordinárias<sup>77</sup>”. O contexto axiológico-cultural da época não permitiu que se inferissem distinções ou aprimoramentos ao postulado.

Conquanto as regras processuais tenham se tornado mais sofisticadas, a disciplina de que elas se aplicam aos processos em curso, essencialmente, não se modificou. Importantes salvaguardas, todavia, foram edificadas ao instituto do direito intertemporal, que passou a absorver, paulatina e intuitivamente, as noções de ato jurídico perfeito processual e direito adquirido processual. Com

72 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

73 BRASIL. Código de Processo Civil. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

74 Eis a redação original do art. 64 do Código de Processo Civil de 1939, *verbis*: “Art. 64. Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária”.

75 Com a redação dada pela Lei nº 4.632, de 18 de maio de 1965, o dispositivo passou a dizer: “Art. 64. A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55”.

76 Cite-se, por todos, o seguinte acórdão: “EMENTA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. A Lei nº 4.362, de 18.05.65, que alterou a redação do art. 64 do C. Pr. Civ., adotando o princípio da sucumbência, aplica-se aos processos em andamento, quando de sua entrada em vigor. Recurso extraordinário conhecido por dissídio jurisprudencial, mas não provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 62.273/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, 02.05.67).

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 509*, DJ 10.12.69. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=509.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 7 set. 2017.

efeito, já no início da década de 1940, o art. 2º do Código de Processo Penal<sup>78</sup> – regra de superdireito – estabeleceu que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, *sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”. Confira-se, a propósito, que o processo penal traçou – ainda que sem declarar expressamente – os primeiros contornos da “teoria do isolamento dos atos processuais”<sup>79</sup>. Justiça seja feita também à CLT que – em âmbito mais restrito – demonstrou idêntica preocupação ao dispor que “não serão prejudicados os recursos interpostos com apoio em dispositivos alterados ou cujo prazo para interposição esteja em curso à data da vigência desta Consolidação” (art. 915)<sup>80</sup>. Para se ter a dimensão do vanguardismo dessas disposições, basta lembrar que o Código de Processo Civil de 1973<sup>81</sup> se limitou a dizer que “ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes” (art. 1.211).

No ano seguinte à promulgação do Código de Processo Penal, a Lei de Introdução ao Código Civil<sup>82</sup> – atualmente denominada “Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro”<sup>83</sup> – passou a integrar o ordenamento jurídico, disciplinando o efeito geral e imediato da lei – *tempus regit actum* –, mas resguardando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 6º). Esse dispositivo foi nitidamente recepcionado pelo texto constitucional (CF,

78 BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

79 BEBBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2014. p. 51.

80 Abre-se aqui um parêntese para mostrar como o Direito possui movimentos pendulares e paradoxais. A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, julgado no final de 1997, reputou correta a decisão da Suprema Corte da Espanha de denegar seguimento ao recurso já anunciado, mas ainda não apresentado, se nesse interregno a legislação aumentou o valor da taxa recursal. E assim o fez justificando que a Corte não deveria ficar “sobrecarregada de processos de menor importância”, *verbis*: “35. The Court notes that the solution adopted in the instant case by the Spanish courts followed a generally recognised principle that, save where expressly provided to the contrary, procedural rules apply immediately to proceedings that are under way. 36. Further, the Court considers legitimate the aim pursued by this statutory amendment, namely increasing the financial threshold for appeals to the Supreme Court in this sphere, so as to avoid that court’s becoming overloaded with cases of lesser importance. (...) 38. Given the special nature of the Supreme Court’s role as a court of cassation, the Court is able to accept that the procedure followed in the Supreme Court may be more formal” (COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights. *Affaire Brualla Gómez de la Torre v. Spain*. [155/1996/774/975] December/1997). A doutrina assim comentou o caso: “La Cour européenne des droits de l’homme a considéré qu’un pourvoi en cassation non encore présenté, mais déjà déclaré irrecevable au regard de la loi nouvelle qui actualisait le taux du ressort applicable aux pourvois en cassation; la Cour européenne prend en considération la spécificité du rôle du tribunal suprême comme juridiction de cassation et l’équité de procédure devant deux juridictions du fond pour admettre ‘une entrave non disproportionnée au droit d’accès à un tribunal’ (GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile*. Droit interne et droit de l’Union européenne. 32. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 83-84).

81 BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

82 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

83 Por força do art. 1º da Lei nº 12.376, de 30 de novembro de 2010, que ampliou, formalmente, o campo de aplicação do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, mediante alteração de seu nome.

art. 5º, XXXVI)<sup>84</sup> e permitiu que se fizessem as devidas depurações até que se atingisse o atual estágio da técnica: o processo civil rege-se pela teoria do isolamento dos atos processuais, de modo que as novas regras apanham os processos em curso, desde que não prejudiquem situações já consolidadas, sob pena de serem retroativas<sup>85</sup>. É esse, aliás, o alcance do art. 14 do Código de Processo Civil atual – corolário do art. 5º, XXXVI, da CF<sup>86</sup> – segundo o qual “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. No escólio de Luiz Fux: “O problema da eficácia da lei no tempo é de solução uniforme, porquanto toda e qualquer lei, respeitado o seu prazo de *vacatio legis*, tem aplicação imediata e geral, respeitados os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Segundo ele, “muito embora a última categoria pareça ser a única de direito processual, a realidade é que todo e qualquer novel diploma de processo e de procedimento deve respeitar o ato jurídico-processual perfeito e os direitos processuais adquiridos (...)”. Em arremate, conclui ele que se trata “da transposição para todos os ramos de direito, do cânone constitucional da ‘irretroatividade das leis’ (...)”<sup>87</sup>. A jurisprudência trabalhista reconhece expressamente a existência de “direito adquirido processual”<sup>88</sup> e de “ato processual consumado”<sup>89</sup>, a partir da formulação moderna da “teoria do isolamento dos atos processuais”.

84 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

85 Consoante a doutrina: “La nouvelle n’a pas d’effet vis-à-vis des ‘facta praeterita’, des faits ou des actes accomplis, car elles seraient rétroactives; mais sous cette réserve, elle a un effet immédiat sur les procédures en cours” (ROUBIER, Paul. *Les conflits des lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1933. v. II. p. 685).

86 Conforme escólio de Didier: “Cada ato que compõe o processo é um ato que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF/88), mesmo se ele for um ato processual. Por isso o art. 14 determina que se respeitem ‘os atos processuais praticados’ (...). O direito processual é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicado por lei” (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. I. p. 56-57)

87 FUX, Luiz. *O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa*. 22 de março de 2016, 16h06. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 7 set. 2017.

88 “Em observância ao caráter irretroativo da norma e, ainda, com esteio na teoria de isolamento dos atos processuais, a nova lei não poderá prejudicar o direito adquirido processual, de modo que deverá respeitar os atos já consumados, bem como os efeitos dele decorrentes (atos processuais).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR – 113700-11.2002.5.15.0108, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 28.04.2017)

89 “Prevalece, no sistema normativo pátrio, o sistema do isolamento dos atos processuais, segundo o qual ‘a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência. (...) Em outros termos, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado, em estrita observância ao princípio *tempus regit actum*, devendo cada ato ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, não podendo a lei processual

Portanto, apesar de inquestionável a aplicação geral e imediata da Lei nº 13.467, a partir de 11 de novembro de 2017, é certo que ela deve ser atemperada com o escopo de proteger legítimas expectativas. Aliás, no atual estágio do processo civil brasileiro, que internalizou (CPC, arts. 9º e 10) regras semelhantes às de diversos ordenamentos europeus – tais como Portugal (art. 3º)<sup>90</sup>, França (art. 16)<sup>91</sup>, Itália (art. 101)<sup>92</sup> e Alemanha (art. 139)<sup>93</sup> – que vedam o que se convencionou chamar de “decisão-surpresa”, seria um enorme contrassenso admitir, agora, uma espécie de “legislação-surpresa”. “A lei nova, ao incidir em processo pendente, não pode causar “surpresas”. Essa proteção à situação das partes acaba por ligar-se inexoravelmente a uma figura, se não idêntica, análoga à do direito adquirido”<sup>94</sup>.

Os valores claramente mudaram. Em que pese o STF não ter revogado a Súmula nº 509 – o que é mais do que justificado, pois já se vão dois outros Códigos de Processo Civil desde a sua edição e, ademais, o STJ foi criado, há quase trinta anos, para debruçar-se sobre matérias infraconstitucionais –, é possível entrever outra percepção acerca da superveniência de lei nova em face de situações jurídicas consolidadas. Por ocasião do julgamento da incidência de lei nova que definia “obrigações de pequeno valor”, para efeito de pagamento de precatório, assim se pronunciou a Suprema Corte:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEGISLAÇÃO LOCAL QUE DEFINE OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR (CF, ART. 100, § 3º). APLICABILIDADE IMEDIATA, DESDE QUE OBSERVADAS SITUAÇÕES JURÍDICAS JÁ CONSOLIDADAS NO TEMPO (DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA), SOB PENA DE OFENSA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA. (...) O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo

---

retroagir, sob pena de violar direito adquirido processual, ato jurídico perfeito e ato processual consumado, protegidos pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-E-ED-RR-107-08.2013.5.03.0090, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, SbDI-I, DEJT 16.09.2016)

90 PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Disponível em: <www.dgpj.mj.pt>. Acesso em: 7 set. 2017.

91 FRANÇA. *Code de procédure civile*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 7 set. 2017.

92 ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em: <http://www.altalex.com>. Acesso em: 7 set. 2017.

93 ALEMANHA. *Zivilprozessordnung*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de>. Acesso em: 7 set. 2017.

94 MEDINA, José Miguel Garcia. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, 2009, p. 315-336, p. 319.

as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio.”<sup>95</sup>

O Código de Processo Civil também alberga mitigações à teoria do “isolamento dos atos processuais”, de modo a preservar garantias processuais. O *caput* do art. 1.046 estabelece que, “ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. O dispositivo parece totalmente estéril diante do disposto no art. 14 do mesmo diploma. Entretanto, a sua importância aparece nos parágrafos. Confira-se, *e.g.*, o § 1º, que determina a aplicação do Código de Processo Civil de 1973 às ações propostas e não sentenciadas até a vigência do novo código, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais, ou seja, o estabelecimento de um marco regulatório temporal diverso para determinados casos.

Esse abrandamento não constitui novidade no âmbito do processo do trabalho. Em 12 de janeiro de 2000, foi promulgada a Lei nº 9.957, que instituiu o chamado “procedimento sumaríssimo”, introduzindo alterações que reduziram prazos, diminuíram ou concentraram provas e restringiram a recorribilidade das decisões proferidas. Sob o fundamento de que as partes tinham o direito de não ser surpreendidas por novas regras restritivas, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho entendeu que tal rito era inaplicável aos processos iniciados antes de sua vigência<sup>96</sup>, pacificando tal

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 646.313, AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2º T, DJE 10.12.2014.

96 “Certo que é próprio e característico da norma processual a incidência imediata e, por conseguinte, não se pode descartar-lhe a aplicação aos processos pendentes, conforme faz ver o art. 1.211 do Código de Processo Civil. Semelhante diretriz, contudo, subordina-se à observância de princípios e mandamentos constitucionais cardeais, máxime o direito adquirido processual das partes e o devido processo legal (CF/88, art. 5º, incisos XXXVI e LIV). Entendo que proposta a demanda e citado o réu, assiste às partes o direito de exigirem a observância do rito então previsto em lei para a causa. *Trata-se, em primeiro lugar, de direito adquirido processual da parte que se perfaz no instante em que o processo alcança estabilidade*, objetiva e subjetiva, na forma do que estatui o art. 264 do CPC. A partir daí, sendo defeso às partes alterarem o pedido e a causa de pedir, o rito do processo há de ser o disciplinado na lei então vigente. *As partes têm o direito processual de que assim seja visto que a abrupta conversão de rito, apanhando-as de surpresa, pode afetar-lhes, em maior ou menor medida, a defesa em juízo, quer pela redução de prazos, quer pela redução ou concentração de provas, quer pela menor recorribilidade da decisão que nele se proferir.*” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 740716/2001, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 28.06.02) (Sem destaques no original)

entendimento a ponto de expressá-lo na Orientação Jurisprudencial nº 260 da Subseção de Dissídios Individuais I<sup>97</sup>.

Dulcificar o rigor de uma norma que apanha de surpresa os litigantes com ônus e deveres outrora não previstos fere o direito fundamental a um processo justo e equitativo, previsto no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>98</sup>.

No que concerne mais especificamente aos honorários de advogado, o Tribunal Superior do Trabalho também já teve a oportunidade de confrontar o tema sob a vertente do “direito intertemporal”, e assim o fez de forma coerente com a lógica de tutelar legítimas expectativas. O enfrentamento deu-se por ocasião da remessa dos processos ajuizados perante a Justiça Comum à Justiça do Trabalho, nos quais o autor veiculava pretensão de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente do trabalho. Como a jurisprudência iterativa e notória até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2014, posicionava-se no sentido de que a competência era da Justiça Comum, na qual o autor não detinha capacidade postulatória, era justa e legítima a expectativa de condenação em honorários por simples sucumbência. Nesses casos, de forma igualmente acertada, o TST procedeu ao *distinguishing*, de modo a afastar a aplicação das Súmulas ns. 219 e 329<sup>99</sup>, pacificando, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 421 da Subseção de Dissídios Individuais I, o entendimento de que “a condenação em honorários advocatícios nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou de doença profissional, remetida à Justiça do Trabalho após ajuizamento na Justiça Comum, antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45/04, decorre da mera sucumbência, nos termos do art. 85 do CPC de 2015 (art. 20 do CPC de 1973), não se sujeitando aos requisitos da Lei nº 5.584/70”<sup>100</sup>.

Registre-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça também atenuou o rigor do art. 14 do Código de Processo Civil – e, por consequência, da teoria

97 “260. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. LEI Nº 9.957/00. PROCESSOS EM CURSO I – É inaplicável o rito sumaríssimo aos processos iniciados antes da vigência da Lei nº 9.957/00.”

98 CONSEIL DE L’EUROPE. Cour européenne des droits de l’homme. *Convention européenne des droits de l’homme*. (Roma, 4 XI. 1950). Article 6. Droit à un procès équitable.

99 “Não há atrito às Súmulas ns. 219 e 329 do TST, já que a ação não foi proposta perante esta Justiça Especializada, mas na Justiça Comum, em que os honorários advocatícios decorrem da mera sucumbência e postulada indenização por danos morais, em razão de acidente de trabalho. A competência foi declinada a esta Especializada antes da prolação da sentença. Se o momento satisfação dos requisitos insertos nas referidas Súmulas é o do ajuizamento da ação, não se pode, ante a modificação da competência pela Emenda Constitucional nº 45/04, exigir da parte que tivesse satisfeito requisito até então não exigido. Embargos não conhecidos.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. EEDRR 34700-66.2006.5.04.0030, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, SbdI-I, DEJT 17.06.2011, j. 09.06.2011)

100 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 421 da SbdI-I.

do “isolamento dos atos processuais” – para a aplicação das novas disposições relativas aos honorários advocatícios, ao estabelecer a sentença como marco para aplicação do art. 85. A primeira sinalização veio com o Enunciado Administrativo nº 7, ao afirmar que “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”<sup>101</sup>. A jurisprudência da Corte, por seu turno, tem seguido tal enunciado<sup>102</sup> e afirmado que as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas pela lei nova, com o escopo de preservar-se o direito adquirido<sup>103</sup>.

Em conclusão, pode-se afirmar provisoriamente que: a) as normas processuais têm efeito geral e imediato – *tempus regit actum*; b) as normas processuais apanham os processos em curso, segundo a teoria do “isolamento dos atos processuais”; c) as normas processuais devem respeitar as situações jurídicas já consolidadas, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido; d) a aplicação da lei nova deve ser feita de modo a tutelar a segurança jurídica, as legítimas expectativas dos litigantes e o direito à não surpresa; e e) o fato de a demanda ter sido ajuizada quando não havia, segundo as regras do ordenamento jurídico vigente, imposição de honorários por mera sucumbência, implica impossibilidade de condenação do vencido em tal parcela.

101 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciados administrativos. Enunciados aprovados pelo Plenário do STJ na Sessão de 2 de março de 2016. Enunciado Administrativo nº 7. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Enunciados-administrativos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos)>. Acesso em: 7 set. 2017.

102 “(...) o acórdão contra o qual foi interposto o recurso especial foi publicado na vigência do CPC/73. Desse modo, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios e à impossibilidade de compensação, introduzidas pelo novo CPC/2015, não têm aplicação ao caso dos autos, em observância à regra de direito intertemporal prevista no art. 14 da nova Lei Adjetiva Civil (Enunciado Administrativo nº 7/STJ). Ademais, a majoração pretendida, prevista no art. 85, § 11, do novo CPC, está adstrita à atividade desenvolvida pelo causídico na instância recursal, e não a cada recurso por ele interposto no mesmo grau (Enunciado nº 16 da ENFAM).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgInt no AREsp 913.393/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 22.11.2016, DJe 07.12.2016)

103 “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. (...) 7. Os honorários advocatícios repercutem na esfera substantiva dos advogados, constituindo direito de natureza alimentar. 8. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, AS NORMAS SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NÃO SÃO ALCANÇADAS PELA LEI NOVA. 9. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. 10. Quando o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, for publicado em consonância com o CPC/73, serão aplicadas as regras do antigo diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.03.2016, as normas do novo CPC regularão a situação concreta. 11. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/73. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior. 12. Recurso especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, RE 1.465.535/SP (2011/0293641-3), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 07.10.2016)

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

**Fabio Túlio Correia Ribeiro\*\***

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

## 1 – INTRODUÇÃO

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

Uma convicção: Hobbes tem razão contra Rousseau!

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

de regulación, sino expresión de un estado de desarrollo cultural, instrumento para la auto representación cultural de un pueblo, reflejo de su patrimonio cultural y *fundamento de sus esperanzas*.<sup>75</sup> (Destaquei)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

## DOCTRINA

c) Art. 7º, inciso IV: “salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Alguns exemplos dessas *rupturas*:

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

### 3 – ACREDITANDO EM FADAS?

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

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

## DOCTRINA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

## DOCTRINA

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

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

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

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

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

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

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

---

27 Não me deterei nessa abordagem, porque seria um desvio de foco, mas me permito apresentar fragmento de relatório da insuspeita Fiesp sobre o impacto da corrupção na eficiência da economia brasileira, produzido no ano de 2010, quando o Brasil ocupava a 79ª posição no *ranking* da transparência internacional entre os países mais corruptos do mundo. Ali se afirma: “As perdas econômicas e sociais do Brasil com a corrupção foram estimadas considerando um nível de corrupção percebida no país igual à média de uma cesta de países selecionados. Se o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual à média desses países de 7,45, o produto *per capita* do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, ou seja, um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,36% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da corrupção estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008). Se o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso, estima-se que todos os recursos liberados da corrupção para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegue a R\$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes 2,3% do PIB. No entanto, este valor corresponde a um referencial teórico em que se considera um nível de percepção da corrupção tendendo a zero, condição que não foi observada por nenhum País até então.” *In* Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. Decontec, março de 2010. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjzmlLU8\\_rWAhWFHpAKHbQUABsQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fiesp.com.br%2Farquivo-download%2F%3Fid%3D2021&usq=AOvVaw3nuNdZSkRM1WIFoJrzc3Up](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjzmlLU8_rWAhWFHpAKHbQUABsQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fiesp.com.br%2Farquivo-download%2F%3Fid%3D2021&usq=AOvVaw3nuNdZSkRM1WIFoJrzc3Up)>. Acesso em: 18 out. 2017.

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

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

(...)

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

(...)

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

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

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

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

E Prometeu segue acorrentado!

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## DOCTRINA

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

5.3.1 – § 3º do art. 2º da CLT

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

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

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

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

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

### 5.3.2 – § 2º do art. 8º

“§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.”

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

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

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

5.3.3 – §§ 1º e 2º do art. 11-A

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 5.3.4 – § 2º do art. 58

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

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

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

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

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

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

5.3.5 – §§ 5º e 6º do art. 59

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

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

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

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

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

Como seguiu a reforma, enfraqueceu os sindicatos.

5.3.6 – Art. 59-A

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

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

## DOCTRINA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 5.3.9 – *Art. 62, inciso III*

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

(...)

III – os empregados em regime de teletrabalho.”

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

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

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

### 5.3.10 – § 4º do art. 71

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

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

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

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

### 5.3.11 – Arts. 223-A a 223-G

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

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

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

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

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

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

## DOCTRINA

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

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

Apresento os termos do dispositivo: “§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido”.

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

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

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

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

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

### 5.3.12 – Art. 394-A

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

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

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

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

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

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

5.3.13 – *Parágrafo único do art. 444*

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

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

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

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

5.3.14 – §§ 1º, 2º e 4º do art. 457

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

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

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

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

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

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

### *5.3.15 – § 1º do art. 461*

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

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

5.3.16 – § 2º do art. 468

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

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

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

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

Não me consta que isso seja modernidade.

5.3.17 – Art. 477

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

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

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

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

### 5.3.18 – Art. 477-A

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

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

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

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

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

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

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

### 5.3.19 – Art. 477-B

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

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

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

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

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

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

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

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

I – por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

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

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

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

### 5.3.21 – Art. 507-B

“Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.”

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

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

## DOCTRINA

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

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

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

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

## DOCTRINA

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

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

## DOUTRINA

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

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

---

36 Diogo Bernardes (Rimas Várias Flores do Lima).

# A TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA

Helder Santos Amorim\*

## 1 – A REFORMA TRABALHISTA E A TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA. NOÇÕES INICIAIS. INCONSTITUCIONALIDADES

A regulamentação legal da terceirização<sup>1</sup> constitui um dos elementos centrais da reforma trabalhista ultraliberal levada a cabo no Brasil, no ano de 2017. Com obstinado propósito de recuperar o poder do capital sobre o trabalho em parâmetros próximos ao livre mercado de mão de obra<sup>2</sup>, “a reforma busca romper com [a] lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista”<sup>3</sup>.

Por sua gênese política predatória das conquistas sociais alcançadas no país, nos últimos setenta anos, esse concerto normativo visa a naturalizar regimes de subemprego, o que coloca a terceirização como alvo central de sua disciplina, tendo em vista as reconhecidas repercussões da terceirização, redutoras de eficácia das normas de proteção socioeconômica do trabalho e sua ação

---

\* *Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; procurador do trabalho em Minas Gerais; membro auxiliar da Procuradora-Geral da República em matéria trabalhista.*

- 1 O termo “terceirização” constitui neologismo brasileiro que retrata o movimento de expulsão de atividades que integram o processo produtivo para realização por “terceiras” empresas, bem simbolizado na reflexão de Márcio Túlio Viana, para quem, “como um vulcão que vomita lava e fogo, a fábrica passou a jogar pra fora tudo o que não diz respeito ao foco de suas atividades” (Terceirização. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 07, jul. 2003. p. 779).
- 2 A figura do contrato de trabalho intermitente, por exemplo, tal como prevista nos arts. 443 e 452-A a 452-H (com alterações inseridas pela MP nº 808/2017), submete o empregado a demanda *just time* de mão de obra, com salário-hora proporcional, sem qualquer garantia de convocação e de contraprestação mínima, cabendo ao trabalhador recolher contribuição previdenciária sobre a diferença entre o salário efetivamente recebido e o valor do salário mínimo, caso o total de sua remuneração mensal seja inferior ao mínimo para aquisição e manutenção da qualidade de segurando da Previdência Social (art. 911-A, inserido pela MP nº 808/2017). Sem exigir o cumprimento de requisitos para sua utilização, a legislação favorece a naturalização desse regime contratual ultraflexível, despido de garantia social, abrindo espaço à substituição do clássico regime de emprego rumo à total desregulamentação do trabalho.
- 3 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. Com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 41.

corrosiva sobre o conteúdo de sentido tuitivo dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores. É de amplo conhecimento científico que a terceirização reduz a eficácia do regime constitucional de emprego socialmente protegido<sup>4</sup>, ensejando a criação de um “regime paralelo de emprego rarefeito”<sup>5</sup>, de baixa densidade protetiva, com aspecto de subemprego.

O primeiro movimento de expansão legal da terceirização se deu com a Lei nº 13.429, de 31 de abril de 2017, que alterou e inseriu dispositivos na Lei nº 6.019/74. Além de alargar as hipóteses de cabimento do regime de trabalho temporário, essa normativa trouxe a primeira disciplina legal sobre o fenômeno da terceirização. Até então, a legislação ordinária somente disciplinava a contratação de serviços no setor de vigilância especializada (Lei nº 7.102/83) e no setor da construção civil, por meio do contrato de subempreitada (CLT, art. 455). Nesse primeiro momento, sem dizê-lo expressamente, os novos arts. 4º-A e 5º-A, *caput*, da Lei nº 6.019/74, inseridos pelo art. 2º da Lei nº 13.429/2017, conceituando as empresas contratante e prestadora de serviços como aquelas que contratam e prestam, respectivamente, “serviços determinados e específicos”, abriram flanco a interpretações que conduziam à autorização da prática de terceirização em todas as atividades empresariais<sup>6</sup>.

Por ocasião de sua aprovação, a imprensa repercutiu a nova legislação como franqueadora da terceirização na atividade-fim das empresas, abolindo a restrição prevista na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>7</sup>.

4 A relação de emprego prevista no art. 7º, I, da Constituição, constitui conceito protetivo universalizado pelo Direito do Trabalho, como modelo hegemônico de inserção do trabalhador no modo de produção capitalista, dotado, por isso, de um conteúdo de sentido conformado historicamente na tradição jurídica de diversos países, a partir do elemento-base da subordinação jurídica. A respeito, consultar a obra: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 91 (Capítulo IV, item 5 – *O sistema constitucional brasileiro do emprego socialmente protegido*).

5 O regime paralelo de emprego rarefeito, no âmbito da terceirização, é aquele que, apesar da roupagem formal, mediante registro e observância esquemática de direitos trabalhistas, padece de déficit de efetividade normativa, por uma intensidade e por uma qualidade protetiva muito inferior ao padrão constitucionalmente assegurado às relações de emprego diretas, firmadas entre o obreiro e o tomador de serviços. O desenvolvimento dessa noção se encontra no Capítulo IV, item 6, da obra: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 105.

6 “Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante *serviços determinados e específicos*. (...)”

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de *serviços determinados e específicos*.” (sem destaques no original)

7 *EBC Agência Brasil*, digital, edição de 31.03.2017: *Com vetos, Temer sanciona lei que permite terceirização de atividade-fim* (disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/temer-sanciona-lei-que-permite-terceirizacao-em-atividade-fim-das-empresas>>); *Jornal do Brasil*, digital, edição de 31.03.2017: *Michel Temer sanciona lei da terceirização em todas as atividades*

Imediatamente, partidos políticos e confederações sindicais profissionais ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIs 5.685/DF, 5.686/DF e 5.687/DF), por meio das quais pleitearam a inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.429/2017 e a inconstitucionalidade material de dispositivos que, segundo aduzem, autorizaram a prática irrestrita da terceirização<sup>8</sup>.

Em pareceres lançados nessas ADIs, o Procurador-Geral da República (PGR) sustentou a inconstitucionalidade formal da legislação, por vício na tramitação do PL nº 4.302/98, que lhe deu origem, mas, quanto ao mérito, em princípio não vislumbrou nos dispositivos impugnados a largueza interpretativa imputada pelos proponentes, a ponto de autorizar terceirização da atividade-fim das empresas tomadoras.

Segundo o chefe do Ministério Público da União, os arts. 4º-A e 5º-A, *caput*, da Lei nº 6.019/74, com redação conferida pela Lei nº 13.429/2017, limitaram-se a conceituar as figuras da empresa contratante e da empresa contratada para prestação de serviços determinados e específicos, “expressão cuja indeterminação de conteúdo inviabiliza dela extrair-se qualquer autorização para prática de terceirização da atividade-fim da empresa”. Ainda assim, considerando o risco de interpretação no sentido proposto pelos autores, o PGR opinou pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto dos dispositivos, para afastar interpretação que permitisse terceirização de atividades finalísticas de empresas privadas e entidades da administração pública, com base em fundamentos que serão expostos adiante<sup>9</sup>.

Posteriormente, o Procurador-Geral da República também ajuizou a ADI 5.735/DF, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto dos arts. 4º-A, *caput*, 5º-A e § 3º do art. 9º da Lei nº 6.019/74, inseridos pela Lei nº 13.429/2017, “para que deles se afaste interpretação que implique

---

(disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/03/31/michel-temer-sanciona-lei-da-terceirizacao-em-todas-as-atividades/>>); *G1 Economia*, digital, edição de 27.03.2017: *Entenda o projeto de lei da terceirização para todas as atividades – Texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados nesta quarta-feira (22) e vai para a sanção do presidente Michel Temer* (disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-para-todas-as-atividades.ghtml>>); *El País*, digital, edição de 23.03.2017: *Câmara aprova terceirização para todas as atividades – Entenda o que muda* (disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490127891\\_298981.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490127891_298981.html)>).

8 Ações ajuizadas por Rede Sustentabilidade (ADI 5.685/DF), Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL (ADI 5.686/DF), Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Comunista do Brasil – PC do B (ADI 5.687/DF), tendo por objeto dispositivos da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.

9 Parecer do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros lançado nas ADIs 5.685/DF, 5.686/DF e 5.687/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5163507>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

franqueio à terceirização de atividades finalísticas das empresas privadas e dos entes e órgãos da Administração Pública, direta e indireta”<sup>10</sup>.

Antes que se completassem três meses da publicação da Lei nº 13.429/2017, no entanto, suas disposições relativas à terceirização já sofreriam alterações por meio da Lei da Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 –, que inseriu novas alterações na Lei nº 6.019/74, aprofundando o disciplinamento ultraliberal da terceirização, para autorizar expressamente a contratação de serviços em todas as atividades empresariais, praticamente sem contenção de suas repercussões deletérias sobre o regime de emprego.

O art. 2º da Lei nº 13.467/2017, dentre outras inovações, alterou o *caput* dos arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/74, inseridos pela Lei nº 13.429/2017, e inseriu o novo art. 4º-C. Neles, autoriza textualmente a contratação de serviços em “qualquer uma das atividades da contratante” (art. 4º-C), “inclusive sua atividade principal” (art. 4º-A), deixando indene de dúvida que a empresa tomadora pode contratar “serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal” (art. 5º-A)<sup>11</sup>. Na literalidade desses enunciados é nítida a *mens legislatoris* em exortar a prática da terceirização em quaisquer atividades da empresa tomadora, inclusive em suas atividades finalísticas, expungindo os limites e contenções que a Súmula nº 331 do TST identificava, a partir de interpretação lógica, sistemática e teleológica do sistema jurídico-trabalhista.

Em face dessas alterações, o Procurador-Geral da República apresentou aditamento à petição inicial da ADI 5.735/DF, de sua autoria, requerendo, por idênticos fundamentos, a declaração de inconstitucionalidade dos novos arts. 4º-A, 4º-C e 5º-A, *caput*, da Lei nº 6.019/74, com redações inseridas pela Lei nº 13.467/2017. A ação encontra-se em curso, sem apreciação do pedido liminar, até a conclusão do presente texto<sup>12</sup>.

---

10 ADI 5.735/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5216509>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

11 “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. (...)”  
Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os *serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante*, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: (...).  
Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de *serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal (...)*” (sem destaques no original).

12 ADI 5.735/DF. Ver peça de aditamento disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5216509>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

Nesse mesmo sentido já vinha se manifestando a Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT), por meio do Procurador-Geral do Trabalho, desde o curso dos projetos legislativos que culminaram na Lei da Reforma Trabalhista, por meio das Notas Técnicas nº 5 (apresentada ao PL nº 6.787/2016, da Câmara dos Deputados) e ns. 7 e 8 (apresentadas ao PLC nº 38/2017, do Senado Federal). Por meio dessas notas, o MPT buscou demonstrar às Casas parlamentares a inconstitucionalidade das proposições legislativas que previam terceirização de atividades finalísticas, pleiteando sua rejeição ou alteração<sup>13</sup>.

Na esteira desses posicionamentos sustentados pelo Ministério Público (PGR e MPT), são flagrantemente inconstitucionais os dispositivos da Lei da Reforma Trabalhista que autorizam terceirização de todas as atividades empresariais, apanhando suas atividades centrais e finalísticas, inclusive em empresas estatais exploradoras de atividade econômica, tendo em conta *três ordens de fundamentos*: (i) por violar o regime constitucional de emprego socialmente protegido e os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, que lhe são consectários, com assento nos arts. 1º, IV; 7º a 11; 170, VII e VIII; e 193 da Constituição; (ii) por esvaziar a função social constitucional da empresa, em violação aos arts. 1º, IV; 5º, XXIII; e 170, III, c/c os arts. 7º, XII; 24, XIV; 212, § 5º; 218, § 4º; e 227 da Carta Magna, e (iii) por ofender os princípios da impessoalidade e da moralidade, notadamente a regra constitucional do concurso público no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, assentadas nos arts. 37, *caput*, II e § 2º, e 173, § 1º, II, da Constituição.

Segundo a primeira ordem de fundamentos (i), a terceirização da atividade central e finalística da entidade tomadora esvazia a garantia constitucional da relação de emprego socialmente protegida (CF/88, art. 7º, I), fonte dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CF/88, arts. 7º a 11 da Constituição), pelas seguintes razões, em rápida síntese:

1) A *alta rotatividade de mão de obra* decorrente da terceirização, com a fragmentação dos contratos de trabalho entre diversos tomadores de serviço<sup>14</sup>, frustra o gozo pleno de direitos fundamentais dos trabalhadores: a) viola a pretensão constitucional de continuidade do vínculo de emprego, reconhecida pelo

---

13 Notas Técnicas nº 5, 7 e 8, do Procurador-Geral do Trabalho. Disponíveis no *site* do MPT – Publicações – Notas Técnicas: <<http://portal.mpt.mp.br>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

14 POCHMANN, Marcio. *A superterceirização dos contratos de trabalho*. Pesquisa publicada no *site* do SINDEEPRES – Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

STF<sup>15</sup>; b) inviabiliza o direito fundamental ao gozo de férias anuais remuneradas (CF/88, art. 7º, XVII), em face da alta incidência de extinção contratual antes de um ano de trabalho; c) prejudica a obtenção de depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Constituição, art. 7º, III), que depende da permanência temporal do trabalhador no emprego; d) reduz drasticamente a possibilidade de gozo de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, na forma do art. 7º, XXI, da Constituição; e) reduz o tempo de contribuição previdenciária, necessária à aquisição da aposentadoria garantida pelo art. 7º, XXIV, da Constituição.

2) Ao expulsar o trabalhador da empresa beneficiária final de sua mão de obra, remetendo-o a empresas intermediárias prestadoras de serviços, a terceirização de atividade-fim afronta a pretensão constitucional de máxima integração do trabalhador à vida da empresa beneficiária de sua mão de obra, em prejuízo aos seguintes direitos fundamentais: a) viola o direito à defesa eficaz dos interesses e direitos da categoria profissional, pela entidade sindical (CF/88, art. 8º, II), frustrando o exercício de direitos fundamentais à negociação coletiva e à greve (CF/88, arts. 7º, XXVI, 8º e 9º), sempre que afasta o trabalhador da categoria profissional vinculada à atividade econômica do beneficiário final de sua mão de obra, esvaziando o conteúdo de sentido da categoria profissional (CLT, art. 511) como elemento normativo constitucional (CF/88, art. 8º, II e III); b) inviabiliza o gozo, pelo trabalhador terceirizado, de direito à participação nos lucros e resultados (CF/88, art. 7º, XI), já que o lucro da empresa prestadora de serviços reside, basicamente, na diferença entre o preço cobrado pelo serviço e o custo estimado da mão de obra; e c) pressiona a redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador ao dificultar a implementação do direito fundamental à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (CF/88, art. 7º, XXII).

3) A terceirização em atividade-fim viola o princípio constitucional da progressividade social dos direitos fundamentais dos trabalhadores (CF/88, art. 7º, *caput*, e art. 5º, § 2º), pois *reduz a eficácia protetiva dos seguintes direitos*: a) promove o rebaixamento de remuneração do trabalhador terceirizado<sup>16</sup>, o

15 STF, Tribunal Pleno, ADI 1.721-3/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 29.06.07; STF, Tribunal Pleno, ADI 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 18.05.01.

16 Em pesquisa sobre processo de terceirização no período de 1985 a 2010, Marcio Pochmann constata que, por força do avanço macroeconômico da economia brasileira, entre 1985 e 1998, o salário médio real dos trabalhadores terceirizados do Estado de São Paulo cresceu 4,2%, mas que, mesmo assim, “desde a década de 1980, ele não representou mais do que 50% do valor estimado do salário médio real dos trabalhadores em geral”. POCHMANN, Marcio. *Sindeepres, trajetória da terceirização*. Disponível em: <<http://sindeepres.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2014, p. 29.

que conduz ao rebaixamento de todos os direitos trabalhistas incidentes sobre a remuneração, tais como o décimo terceiro salário, FGTS, gratificação de férias, indenizações rescisórias, etc.<sup>17</sup>; b) aumenta a incidência de jornada extraordinária<sup>18</sup>, elevando riscos de adoecimentos profissionais e prejudicando a geração de novos postos de emprego, em violação ao objetivo da “busca de pleno emprego”, que constitui princípio da ordem econômica (CF/88, art. 170, VIII); c) eleva o inadimplemento de direitos rescisórios<sup>19</sup>, aumentando a conflituosidade trabalhista; d) facilita o uso de mão de obra em condições análogas à de escravo<sup>20</sup>, em violação ao direito fundamental ao trabalho digno (CF/88, art. 1º, III) e em vulneração ao cumprimento da Convenção nº 29 da OIT, por meio da qual o Brasil se compromete a suprimir o emprego do trabalho escravo “sob todas as suas formas” (art. 1.1)<sup>21</sup>.

Na segunda ordem de fundamentos (ii), a terceirização de todas as atividades empresariais, ao viabilizar a figura da empresa sem empregados, viola a função social constitucional da empresa. Afronta o princípio do valor social da livre-iniciativa como fundamento da República (CF/88, art. 1º, IV) e a função social da propriedade (CF/88, art. 5º, XXIII) como princípio da ordem econômica (CF/88, art. 170, III). A indústria sem industriários, o comércio sem comerciários e a agricultura sem trabalhadores rurais, ao deixarem de gerar empregos diretos, dotados de máxima eficácia protetiva, furtam-se de cumprir sua função social retratada em missões comunitárias imputadas pela ordem legal e constitucional:

a) Ao praticar terceirização irrestrita, a empresa pode eximir-se de participar da política social de inclusão de pessoas com deficiência no mercado

---

17 Recente dossiê elaborado pelo Dieese/CUT sobre o impacto da terceirização em diversos setores da economia brasileira revela que em dezembro de 2010 a remuneração dos trabalhadores terceirizados, objeto do estudo, era 27,1% menor do que a remuneração dos trabalhadores diretamente contratados, que exercem idêntica função. Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011, p. 13. Disponível em: <[http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf)>. Acesso em: 5 jul. 2014, p. 6.

18 *Idem*.

19 *Idem*, p. 13.

20 Ao analisar as 10 maiores operações de combate ao trabalho escravo realizadas no país, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos anos de 2010 a 2013, Vitor Filgueiras constata que 84,3%, em média, dos trabalhadores encontrados em condições análogas a de escravo, estavam subcontratados por interposta empresa, em regime de terceirização. (FILGUEIRAS, Vitor Araujo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/532642-terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia>>. Acesso em: 19 maio 2017)

21 Convenção nº 29 da OIT. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29.05.56, do Congresso Nacional. Promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25.06.57.

de trabalho, prevista no art. 24, XIV, da Constituição<sup>22</sup>; essa política de Estado se promove por meio da contratação obrigatória de cota de pessoas com deficiência, por empresas com mais de cem empregados, proporcionalmente ao seu número de empregados, conforme previsto no art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991;

b) A empresa sem empregados pode isentar-se de participar da política de inserção e qualificação do jovem trabalhador no mercado de trabalho (CF/88, art. 227), como mandamento de proteção ao direito de ampla profissionalização<sup>23</sup>;

c) Exime-se de integrar importantes programas sociais com assento constitucional, tais como o programa do salário-educação, que custeia a educação básica (CF/88, art. 212, § 5º); o programa do salário-família (CF/88, art. 7º, XII) e o Programa de Integração Social, que financia o seguro-desemprego (CF/88, art. 239);

d) Esquiva-se de participar da política pública de fomento ao desenvolvimento científico, de pesquisa e capacitação tecnológica dos trabalhadores, de que trata o art. 218, § 4º, da Constituição<sup>24</sup>.

Segundo a terceira ordem de fundamentos (iii), a terceirização de atividades finalísticas no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista viola o princípio constitucional da impessoalidade (CF/88, art. 37, *caput*), densificado na regra constitucional do concurso público (CF/88, art. 37, II e § 2º)<sup>25</sup>. Com isso, contraria a jurisprudência do STF que submete à regra do concurso público as empresas públicas e sociedades de economia mista (MS 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard)<sup>26</sup> e que veda substituição de empregados

22 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;”

23 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (sem destaque no original)

24 “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (...) § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.”

25 O desenvolvimento do tema relativo à inconstitucionalidade da terceirização de atividades finalísticas nas empresas estatais se encontra no Capítulo IV, item 10, da obra: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 134.

26 “CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. (...) Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer

públicos concursados por contratos civis de prestação de serviços para realização das atividades principais de empresas estatais (ADI 890/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa)<sup>27</sup>. Viola, por fim, o *princípio constitucional da organização funcional da administração pública*, que pressupõe a imposição constitucional de um quadro próprio e estável de agentes públicos diretamente vinculados à administração pública, organizado e profissionalizado para o exercício contínuo das atividades que integram as competências estatais (CF/88, art. 37)<sup>28</sup>.

A Lei nº 13.467/2017 ainda apresenta outros pontos de confronto com a Constituição de 1988, violando o princípio da proporcionalidade, quando deixar de prover garantias compensatórias ou minimizadoras dos referidos prejuízos que a terceirização enseja à eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Por exemplo, apesar de assegurar aos empregados terceirizados, quando a terceirização ocorrer nas dependências da tomadora, as mesmas condições relativas a alimentação, transporte, atendimento médico ambulatorial e treinamento, oferecidos aos empregados da tomadora (Lei nº 6.019/74, art. 4º-C, I, inserido pela Lei nº 13.467/2017)<sup>29</sup>, a Lei da Reforma Trabalhista prevê como

dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.” (STF, MS 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJe 23.03.93)

- 27 Nesse julgado o STF considerou inconstitucional a Lei Distrital nº 418, de 11 de março de 1993, que autorizou empresas públicas e sociedades de economia mista do Distrito Federal a firmarem contratos de prestação de serviços em regime temporário para execução de diversas atividades que integram permanentemente suas atribuições, por violação à regra do concurso público (STF, ADI 890/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 06.02.04).
- 28 O desenvolvimento doutrinário do princípio da organização funcional da administração pública como elemento limitador da terceirização no âmbito da máquina pública se encontra na obra *Terceirização no Serviço Público – Uma Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional*, Capítulo 6, item 6.9: “(...) infere-se da leitura integrada dos dispositivos constitucionais a existência de um princípio de “organização funcional da administração pública” fundado na exigência democrática de um quadro de carreira pública profissionalizado para o exercício das atribuições estatais, o que pressupõe a predominância das relações de trabalho firmadas “diretamente” entre o Poder Público e seus agentes, sujeitos ao regime estatutário ou de Direito Privado, conforme as necessidades contingentes, mas sempre exclusivamente comprometidos com a realização de competências institucionais do Estado” (AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009. p. 205).
- 29 “Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:
- I – relativas a:
- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
  - b) direito de utilizar os serviços de transporte;
  - c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
  - d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.”

mera faculdade dos contratantes a observância de igual remuneração entre empregados da contratante e trabalhadores terceirizados que desenvolvam idêntica função (art. 4º-C, § 1º)<sup>30</sup>, dando azo à violação do princípio constitucional da isonomia (CF/88, art. 5º, *caput*). Sem garantir aos trabalhadores terceirizados sequer o piso salarial previsto nas convenções coletivas da categoria profissional vinculada à empresa tomadora, quando do exercício de idêntica função, a legislação permite que terceirizados sejam submetidos a padrões salariais inferiores, ainda que realizem trabalho de igual valor e complexidade, em afronta ao art. 7º, V, da Constituição, que garante “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”.

Essas noções revelam o profundo impacto destrutivo que o disciplinamento da terceirização entabulado pela Lei nº 13.467/2017 promove sobre o padrão constitucional civilizatório de proteção ao trabalho, em grave ameaça à ordem democrática, questão a ser enfrentada pelo STF e pela Justiça do Trabalho no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Não obstante essa linha de considerações estruturada no plano do controle de constitucionalidade, porém, é certo que as disposições relativas à terceirização, inseridas na Lei nº 6.019/64 pela Lei da Reforma Trabalhista, também devem ser enfrentadas por meio de interpretação sistemática e teleológica, como elementos integrantes do ordenamento jurídico-trabalhista e que, por isso, demandam leitura harmoniosa com seus objetivos humanistas e seus princípios promotores de segurança social.

Nessa esteira, em caráter subsidiário à tese de inconstitucionalidade da terceirização em atividades finalísticas que esse estudo encampa, ora se encaminha à análise dos marcos jurídicos do novo modelo de contratação de serviço instituído pela Lei da Reforma Trabalhista, à luz de uma compreensão axiologicamente integrada ao ordenamento jurídico-trabalhista, capaz de ensejar soluções normativas que contemplem a máxima proteção social possível do trabalhador terceirizado.

Por força das repercussões e potencialidades deletérias sobre a proteção social do trabalho, parte-se da premissa hermenêutica, de todo afinada com o princípio de proteção social ao hipossuficiente, viga mestra do Direito do Trabalho, que regime de emprego terceirizado continua a figurar como modelo excetivo ao regime geral de emprego direto entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra, mais benéfico ao obreiro, mesmo sob a nova disci-

---

30 “Art. 4º-C (...) § 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.”

plina jurídica. Trata-se de premissa essencial para assegurar que o contrato de prestação de serviço não seja utilizado como veículo de mascaramento à intermediação de mão de obra (fornecimento de mão de obra subordinada ao tomador), prática somente admitida pelo ordenamento jurídico sob regime de trabalho temporário, nos lindes e na forma da Lei nº 6.019/74<sup>31</sup>.

## 2 – MARCOS JURÍDICOS DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SOB REGIME DA LEI Nº 6.019/74<sup>32</sup>

A Lei nº 6.019/74, com as inserções e alterações promovidas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, passou a disciplinar o contrato de prestação de serviços interempresariais, firmando os marcos jurídicos da terceirização nos elementos característicos essenciais desse enlace contratual. Com isso, a legislação define o novo espaço de manifestação do (velho) regime paralelo de *emprego terceirizado e rarefeito*, agora não mais circunscrito às atividades instrumentais da empresa (atividades-meio), mas projetado para o conjunto das atividades empresariais. A identificação desses marcos jurídicos é medida essencial para manter incólume a divisa fronteira da prestação de serviço com a mera intermediação ou comercialização de mão de obra.

A Lei nº 6.019/74 estabelece os lindes da prestação de serviço em três marcos fundamentais, que dizem respeito (i) à morfologia do contrato de prestação de serviço – objeto, partes e outros elementos essenciais; (ii) ao modo (autônomo) de execução da atividade, pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço; e (iii) à exigência de capacidade econômica da empresa prestadora para execução do contrato. Vejamos.

### *(i) Morfologia do contrato de prestação de serviço: elementos essenciais*

Dispõe o *caput* do art. 4º-A da Lei nº 6.019/74<sup>33</sup> que a prestação de serviço consiste em “transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços”. O art. 5º-A, *caput*, por sua vez, identifica como contratante a “pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços”. Dos enunciados se extrai, em primeiro plano, que

31 As hipóteses de incidência do contrato de trabalho temporário continuam regidas pelo art. 2º da Lei nº 6.109/74.

32 Tópico extraído do item 1.2. Elementos do contrato de prestação de serviço (autoria de Helder Santos Amorim) da obra coletiva: VIEIRA, Paulo Joarês; FONSECA, Vanessa Patriota da (Coord.). *Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação*. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho – Ministério Público do Trabalho. No prelo.

33 Redação inserida pela Lei nº 13.467/2017.

a prestação de serviço interempresarial deve constituir objeto de um enlace contratual. Esse contrato, na dicção do art. 5º-B da Lei nº 6.019/74, deve conter os seguintes elementos: “I – qualificação das partes; II – especificação do serviço a ser prestado; III – prazo para realização do serviço, quando for o caso; e IV – valor”.

Trata-se, portanto, de contrato necessariamente escrito, cujo instrumento retrate a declaração de vontades das partes acerca do objeto (o serviço a ser prestado), do prazo de realização (se houver) e do valor ou preço a ser pago como contraprestação. Nesse sentido, a lei exige forma especial para celebração do acordo de vontades, como requisito de validade contratual, conforme previsão do art. 107 do Código Civil Brasileiro (CCB), o que afasta a possibilidade de celebração de contrato verbal de prestação de serviço interempresarial<sup>34</sup>. Trata-se de contrato cuja existência deve ser comprovada por meio do respectivo instrumento escrito, sob pena de se configurar inexistência, com conseqüente reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores envolvidos e a empresa tomadora de sua mão de obra.

Quanto às partes, a contratante poderá ser pessoa física ou jurídica (art. 5º-A, *caput*), enquanto a contratada, prestadora do serviço, deverá ser necessariamente pessoa jurídica de direito privado (art. 4º-A, *caput*), o que afasta a possibilidade de contratação de pessoa física como prestador de serviço, sob esse regime legal. Esse contrato de prestação de serviço interempresarial, objeto da Lei nº 6.019/74, de natureza comercial, não se confunde com a figura da prestação de serviço por trabalhador autônomo, cujo contrato de natureza civil é disciplinado pelos arts. 593 a 609 do CCB (Capítulo VII do Título VI do Livro I da Parte Geral – Da Prestação de Serviço).

O art. 4º-B da Lei nº 6.019/74 institui como requisitos para funcionamento da empresa de prestação de serviços: “I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); II – registro na Junta Comercial; III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros (...)”. Tais condições restringem a figura da prestadora de serviços à pessoa jurídica, com estrutura empresarial e com lastro econômico mínimo para se lançar no mercado de serviços destinados a outras empresas.

Para caracterizar autêntica prestação de serviço, o contrato deve ter por objeto efetiva *transferência da execução de uma atividade* que integra o processo produtivo de uma empresa a outra empresa, que a preste, entregando a

---

34 “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

execução da atividade como resultado útil, pronto e acabado. Essa transferência implica necessária alteração do *controle do processo produtivo* da atividade contratada. Ao transferir a execução de uma atividade a outra empresa, a contratante também lhe transfere o controle operacional da atividade, passando a figurar como credora de uma unidade de serviço ou de um insumo de produção. O controle de resultado a ser exercido pela contratante consiste estritamente na medição e fiscalização de observância das especificações contratuais do serviço, para efeito de recebimento, pagamento e outras consequências contratuais acessórias.

Sem transferência efetiva do controle produtivo da atividade à empresa contratada não se caracteriza autêntica prestação de serviço, figurando o contrato como simulacro voltado a encobrir a transferência de vínculos formais de emprego, em fraude ao regime geral de emprego entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra (CLT, art. 9º).

No regime da Lei nº 6.019/74, a transferência da execução de atividade pode assumir qualquer finalidade corporativa organizacional, racionalizadora de recursos materiais, humanos e tecnológicos e redefinidora de estratégias e atribuições. O contrato não pode ter por finalidade e nem pode ensejar, no entanto, a transferência meramente formal da atividade, com a manutenção de seu controle produtivo pela empresa contratante, hipótese em que restará caracterizado vício de finalidade.

A legislação ainda exige que o serviço seja produzido com utilização de mão de obra empregada pela empresa prestadora. É o que se extrai do art. 4º-B, inciso III, da Lei nº 6.019/74, acima referido, ao exigir para funcionamento da empresa de prestação de serviço que seu capital social seja proporcional ao número de empregados, como medida de garantia mínima de solvabilidade<sup>35</sup>. A legislação ainda se refere a um quadro de empregados da empresa contratada,

---

35 “Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da *empresa de prestação de serviços* a terceiros:  
(...)

III – capital social compatível com o *número de empregados*, observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
- e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

quando lhes garante alguns direitos<sup>36</sup> e quando veda que empregado dispensado pela empresa tomadora lhe preste serviço na qualidade de empregado da empresa prestadora, impondo para isso um período de carência de dezoito meses<sup>37</sup>. São menções que reforçam a compreensão integrada do diploma, no sentido da exigência de um quadro funcional de empregados, vinculados à execução dos contratos de prestação de serviço.

Essa exigência de utilização de mão de obra empregada afasta as cooperativas de trabalho do regime de prestação de serviço disciplinado pela Lei nº 6.019/74. A cooperativa que tem por objeto a prestação de serviço, “constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego” (Lei nº 12.690/2012, art. 4º, II), atua sob regime de trabalho autônomo, em que o prestador contratado é o próprio executor da atividade, não podendo subcontratá-la a terceiro. E, ainda que a cooperativa de trabalho se proponha a manter quadro de empregados organizado para realização de atividades contratadas, esbarra no comando do inciso II do art. 4º-B da Lei nº 6.019/74, que exige da empresa prestadora de serviço registro na Junta Comercial, o que pressupõe seu caráter de sociedade empresária (CCB, art. 1.150)<sup>38</sup>. Por se constituírem em sociedade simples (CCB, art. 982, parágrafo único)<sup>39</sup>, as cooperativas vinculam-se ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas<sup>40</sup>.

Do caráter contratual do enlace entre as partes, na prestação de serviço, ainda se extrai o sentido de alteridade da empresa contratada como unidade distinta da contratante, passível de ser reconhecida por sua identidade formal e material específica, como pessoa jurídica diferente, dotada de organização e interesses próprios, desvinculados dos interesses empresariais da empresa contratante. Disso decorre que a prestação de serviço regulada pela Lei nº 6.019 não se veicula por convênio ou consórcio, em que as partes comungam

36 “Art. 4º-C. São asseguradas aos *empregados da empresa prestadora de serviços* a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições (...)”

37 “Art. 5º-D. O *empregado* que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de *empregado de empresa prestadora de serviços* antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.”

38 “Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.”

39 “Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

40 Parte-se da premissa de que os arts. 982, parágrafo único, e 1.150 do CCB derrogaram as disposições do art. 18 da Lei nº 5.764/71, que prevê o registro das cooperativas em Juntas Comerciais.

de interesses comuns. Havendo comunhão de interesses entre tomadora e prestadora de serviços, restará configurado grupo ou consórcio empresarial, com a conseqüente solidariedade obrigacional trabalhista entre as empresas, à luz dos §§ 2º e 3º do art. 2º da CLT, inclusive com as alterações inseridas pela Lei nº 13.467/2017<sup>41</sup>.

Esses requisitos do contrato de prestação de serviço conduzem à necessidade de que a empresa prestadora de serviço detenha *autonomia formal, administrativa, operacional e finalística* em relação à empresa contratante, devendo para isso ser dotada de interesses próprios, direção própria e estrutura material e administrativa autônoma, desvinculada da empresa contratante.

No que interessa ao Direito do Trabalho, portanto, o contrato de prestação de serviço consiste em enlace formal típico por meio do qual uma unidade produtiva, titularizada por pessoa física ou jurídica, transfere a uma empresa prestadora de serviço, titularizada por pessoa jurídica empresária e em regular funcionamento, a execução e o controle produtivo de uma atividade que demanda mão de obra empregada, com objetivo de obter um resultado útil necessário ao seu processo produtivo. A relação triangulada de trabalho decorrente desse contrato constitui o regime de emprego terceirizado, objeto da regulação do Direito do Trabalho.

*(ii) Execução autônoma da atividade contratada, subordinação exclusiva à empresa prestadora e adstrição da atividade ao objeto do contrato de prestação de serviço*

O segundo marco jurídico do regime de prestação de serviço disciplinado pela Lei nº 6.019/74, com as inserções e alterações promovidas pela Lei da Reforma Trabalhista, diz respeito ao modo como a atividade deve ser executada, relativamente aos trabalhadores envolvidos. Trata da autonomia da empresa prestadora de serviço na execução da atividade contratada e sua adstrição ao objeto do contrato, o que constitui requisitos de validade desse contrato comercial e, portanto, do regime de emprego terceirizado dele decorrente, para os fins do Direito do Trabalho.

A Lei nº 6.019/74 define a prestação de serviço pelo modo de execução da atividade contratada. Segundo o § 1º do art. 4º-A, “a empresa prestadora de

---

41 “Art. 2º (...) § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a *direção, controle ou administração de outra*, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. § 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.” (NR)

## DOCTRINA

serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores”, ou subcontrata a atividade a outra empresa. Por sua vez, dispõe o § 1º do art. 5º-A ser “vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços”.

Desses enunciados deflui, primeiro, um comando de direção exclusiva dos trabalhos pela empresa prestadora e, por conseguinte, de *subordinação exclusiva* dos trabalhadores terceirizados à empresa contratada. Com isso, a norma jurídica impede qualquer traço de subordinação dos empregados terceirizados à empresa tomadora, vedando a esta o exercício de poder diretivo sobre a atividade daqueles trabalhadores. Trata-se de comando logicamente decorrente da característica de alteridade da empresa contratada e, portanto, de sua autonomia administrativa, operacional e financeira para execução da atividade. Diz respeito, enfim, ao modo como é devido à prestadora administrar seus recursos humanos na execução do contrato, sob pena de figurar como intermediadora de mão de obra.

Os enunciados legais referidos não deixam dúvida sobre a finalidade protetiva da higidez do vínculo de emprego com a empresa prestadora, a fim de não permitir a utilização do contrato comercial para mascarar comercialização de mão de obra, somente admitida nas hipóteses do art. 2º da Lei nº 6.019/74, que regula o regime de trabalho temporário.

Para isso, na execução da atividade contratada a prestadora deve dirigir com exclusividade o trabalho de seus empregados, direcionando essa força de trabalho exclusivamente às atividades específicas objeto do contrato. O exercício de comando diretivo pela empresa tomadora sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que em intensidade relativa, rarefeita ou compartilhada, revela alguma medida de controle sobre o processo produtivo da atividade terceirizada, em violação ao disposto no *caput* dos arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/74, ultrapassando-se a divisa do contrato de prestação de serviços em direção à intermediação de mão de obra.

O enunciado do § 1º do art. 5º-A, particularmente, apresenta amplo comando deontológico, que merece detida análise. Ao vedar à empresa contratante a utilização de trabalhadores em atividades distintas da contratada, visa a norma, primeiramente, impedir que na terceirização interna em que a atividade contratada se realiza no ambiente da empresa tomadora, esta, por sua proximidade com os empregados terceirizados, se imiscua na direção de seu trabalho, inclusive para utilizá-lo em finalidade diversa da prevista no contrato de prestação de serviços. Visa a norma, em suma, afastar a subordinação jurídica do empregado terceirizado à empresa contratante.

## DOCTRINA

Em segundo plano, ainda se extrai do enunciado a vedação de que, nos contratos de terceirização externa, realizada em ambiente diverso do da tomadora, esta exija a execução de serviço “em atividade distinta daquelas que foram objeto do contrato (...)”. Nesse sentido, a norma sobreleva importância à formalização do contrato de prestação de serviços, com especificação da atividade contratada (nos termos do art. 5º-B, inciso II, que exige, na formulação contratual, a “especificação do serviço a ser prestado”), e determina a execução precisa dessa atividade nos limites da contratação. A inobservância desse limite também implica descaracterização do contrato, com a consequência que há muito se vem apontando.

Portanto, em suma, quanto ao modo de execução da atividade, o regime de emprego terceirizado cede à formação de vínculo direto entre o trabalhador e empresa tomadora, quando: a) a empresa prestadora não exerce com exclusividade a direção do trabalho de seus empregados, abrindo mão ou compartilhando essa direção com a empresa tomadora; b) a empresa tomadora exerce algum comando diretivo sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que de forma relativa, rarefeita ou compartilhada, revelando exercício de controle sobre o processo produtivo da atividade; e c) a empresa tomadora exige e a prestadora realiza, com a mão de obra empregada, atividade distinta daquela prevista no contrato de prestação de serviço.

*(iii) Capacidade econômica da empresa prestadora para execução do contrato*

Um terceiro marco jurídico da prestação de serviço, sob o regime da Lei nº 6.109/74, diz respeito à exigência de capacidade econômica da empresa prestadora para execução da atividade contratada. É o que se infere da previsão do *caput* do art. 4º-A da Lei nº 6.019:

“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.*” (sem destaque no original)

Capacidade econômica diz respeito à disponibilidade de ativos capazes de se remunerar, no exercício da atividade produtiva, constituindo a totalidade das riquezas disponíveis, suficientes ao cumprimento das obrigações contraídas. Exige a norma que esse patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que compreende, além da entrega do objeto contratado, a satisfação das obrigações comerciais, sociais,

trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade.

Essa exigência de capacidade econômica compatível com a execução do contrato, de que trata o art. 4º-A, não se confunde, portanto, com o requisito formal para funcionamento da empresa de prestação de serviço, de que trata o art. 4º-B, III, da Lei nº 6.019/2017, relativo ao capital social proporcional ao número de empregados.

O capital social é figura diversa do patrimônio líquido empresarial. No escólio de José Edwaldo Tavares Borba, capital social constitui o fundo patrimonial inicial da pessoa jurídica, voltado a viabilizar o início da vida econômica da sociedade, enquanto o patrimônio líquido resulta da diferença entre valores ativos (dinheiro, imóveis, créditos, etc.) e passivos (dívidas de financiamentos, débitos comerciais, encargos trabalhistas, tributários, etc.) da pessoa jurídica. Se o ativo for superior ao passivo, a sociedade terá um patrimônio líquido positivo; se inferior, terá um patrimônio líquido negativo. A esse respeito, é oportuna a transcrição da seguinte passagem doutrinária:

“Verifica-se, por conseguinte, que o capital é um valor formal e estático, enquanto o patrimônio é real e dinâmico. O capital não se modifica no dia a dia da empresa – a realidade não o afeta, pois se trata de uma cifra contábil. O patrimônio encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da sociedade, crescendo na medida em que esta realize operações lucrativas, e reduzindo-se com os prejuízos que se forem acumulando. O patrimônio inicial da sociedade corresponde a mais ou menos o capital. Iniciadas as atividades sociais, o patrimônio líquido tende a exceder o capital, se a sociedade acumular lucros, e a inferiorizar-se, na hipótese de prejuízos.”<sup>42</sup>

O patrimônio líquido é mais abrangente que o capital social, pois, além do próprio capital, que tem seu valor expresso em termos históricos, compreende todos os demais bens que podem ser objeto de contabilidade, em cada momento, de modo que somente o patrimônio líquido é capaz de expressar a condição econômica da empresa com base na cotação de mercado de seus bens integrantes. Sobre esse ponto, Marcelo Marco Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro registram com precisão:

“O capital social não se confunde com o patrimônio social, que é formado pelo conjunto de bens e direitos pertencentes à sociedade empresária. Raramente, os dois são coincidentes, a não ser no ato de

---

42 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52.

sua constituição. A partir do momento em que a sociedade empresária começa a operar, há despesas, gastos e perdas que poderão diminuir seu patrimônio, ou ainda ganhos que venham a aumentá-lo, permanecendo, entretanto, intactos o capital social.<sup>43</sup>

Nessa esteira, embora o capital social constitua medida do potencial econômico da pessoa jurídica, é seu patrimônio que garante a satisfação de seus compromissos perante seus credores. O capital resultante da contribuição dos sócios é contabilizado no passivo não exigível e, portanto, não pode ser diretamente utilizado para pagamento aos credores. São os bens do ativo da sociedade, nos quais o capital se converteu, e não o capital social em si mesmo, que constituem objeto de execução pelos credores.

À luz dessas premissas, o capital social mínimo exigido como requisito de funcionamento da pessoa jurídica (art. 4º-B, III) não retrata a real capacidade econômica da empresa para satisfazer os compromissos decorrentes da execução do contrato (art. 4º-A, *caput*). A exigência de capital social mínimo visa a garantir que os sócios confirmam à empresa aporte econômico inicial compatível com sua estrutura funcional para inibir a entrada de pessoas jurídicas destituídas de qualquer lastro econômico no mercado, mas se trata de exigência formal e estática, dirigida à empresa prestadora de serviço como condição de funcionamento.

Já a exigência de capacidade econômica compatível com a execução do contrato (art. 4º-A, *caput*) diz respeito à condição patrimonial da pessoa jurídica, que, segundo a norma, deve ser compatível com os compromissos decorrentes da execução de cada contrato de prestação de serviço por ela firmado. Trata-se de exigência dinâmica, dirigida a ambas as empresas contratantes, aferível a cada momento e em relação a cada contrato de prestação de serviço.

Reconhecendo a realidade de profundo risco de disseminação no mercado de empresas sem aporte patrimonial suficiente para assumir contratos de prestação de serviço com autonomia financeira, administrativa e operacional, destinada a figurar como meras intermediárias de contratos de emprego, em desvio de finalidade e em fraude contra o regime direto de emprego entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra, o legislador ordinário elevou a capacidade patrimonial da empresa prestadora para execução do contrato a requisito de validade do próprio contrato, imputando à empresa contratante o

---

43 BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 147.

## DOCTRINA

dever de eleição de empresa economicamente idônea e de fiscalização de sua condição econômica no curso da execução contratual.

A norma jurídica parte da premissa de que a empresa prestadora que não detém capacidade econômica para sua execução não dispõe de estrutura material mínima para prestar o serviço com autonomia em relação à empresa tomadora. Trata-se de medida de preservação do instituto da prestação de serviço, em face do Direito do Trabalho, que exige para reconhecimento da validade dos contratos de emprego terceirizados que o empregador assuma os riscos de sua atividade econômica (CLT, art. 2º).

Dessa forma, enquanto o capital social mínimo constitui requisito de funcionamento da empresa prestadora de serviço, aferível objetivamente à vista do seu número de empregados, a capacidade econômica constitui condição de validade de cada contrato de prestação de serviço, a ser observada pela empresa contratada e garantida pela empresa contratante, a partir da contratação e no curso do contrato, por meio da fiscalização contínua da condição patrimonial da contratada, para fazer face aos compromissos do contrato, inclusive aqueles relativos ao cumprimento de direitos trabalhistas.

Trata-se de verdadeiro requisito de configuração contratual, na medida em que a norma do art. 4º-A, citada, somente “considera” como prestação de serviço a transferência da execução de atividade a empresa “que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”; *a contrario sensu*, a norma não considera prestação de serviço a transferência da execução de atividade a empresa inidônea, sem capacidade econômica para executá-la, por ausência de autonomia financeira e operacional da empresa contratada, suficiente para configurar intermediação ilícita de mão de obra.

Importa verificar, nesse passo, como se configura a capacidade econômica da empresa prestadora de serviço.

Em primeiro plano, essa capacidade econômica depende do *preço do serviço*, previsto no contrato (art. 5º-B, III).

Notadamente nas atividades que demandam emprego exclusivo ou predominante de mão de obra, a exemplo de serviços de limpeza, conservação, telefonia, vigilância, etc., em que a folha de pagamento constitui o custo central da operação, a capacidade econômica da empresa prestadora depende predominantemente da pactuação de preço que compreenda a totalidade dos custos operacionais do contrato (obrigações comerciais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias, etc.). Quanto aos custos trabalhistas especialmente, é indispensável que o preço contratual ofereça cobertura à totalidade dos direitos legais e

negociais relativos à categoria profissional envolvida, além da margem de lucro, sob pena de inexecução contratual, com conseqüente inadimplemento dos direitos laborais dos trabalhadores envolvidos, como tão comumente se observa na realidade do mercado de terceirização.

Os créditos contratuais devidos pela contratante à contratada, relativos ao preço do serviço, constituem ativos que integram o patrimônio da contratada, repercutindo em sua capacidade econômica. Para isso, no entanto, o preço do serviço deve contemplar a totalidade dos custos operacionais do contrato, projetados em valores condizentes com a realidade de mercado. Nesse sentido, portanto, a capacidade econômica da empresa contratada pressupõe que o preço do serviço seja composto com base em planilha de custos condizente com a realidade do contrato.

Sendo o preço contratual insuficiente à operacionalização do contrato, ainda assim compete à empresa contratada satisfazer sua execução, especialmente quanto às obrigações trabalhistas dotadas de caráter alimentar, tendo em vista que ao empregador a norma do art. 2º da CLT atribui os riscos da atividade econômica. Em tal hipótese, no entanto, também é evidente a participação ativa da empresa contratante no descumprimento da exigência legal (de capacidade econômica compatível com a execução do contrato), eis que lhe aproveita o pagamento do preço irrisório sabidamente prejudicial aos direitos dos credores (inclusive trabalhistas) da empresa contratada. Trata-se de conduta fraudulenta, porque é voltada a burlar a formação de vínculos de emprego com o tomador de serviço por meio de contratação de serviço eivada de vício de finalidade, em violação ao marco jurídico do instituto.

Além disso, independente do preço pactuado pelo serviço, também constitui desvio à figura da prestação de serviço (art. 4º-A, *caput*) a contratação de empresa sabidamente inidônea – devedora habitual de obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais, decorrentes de contratos anteriores de prestação de serviço e/ou destituída de estrutura material mínima compatível com a dimensão do contrato –, cuja capacidade econômica esteja comprometida por esses e outros passivos aferíveis à época da contratação. Em tal situação, ainda que o preço pactuado pelo serviço seja compatível com a execução do contrato, a situação de insolvabilidade estrutural da empresa sugere a utilização de ativos desse contrato para satisfação de débitos oriundos de outras operações, ensejando alto risco de inexecução contratual.

Mas, conforme se verá adiante, a contratação de empresa sem capacidade econômica compatível com a execução do contrato não se restringe a questão

de responsabilidade patrimonial da empresa contratante, mas implica elisão do próprio instituto da prestação de serviço.

Se a perda de capacidade econômica for superveniente à celebração do contrato, no curso de sua execução, e sendo possível à contratante aferi-la por medida de fiscalização, cabe-lhe promover a resolução do contrato, na forma do art. 475 do CCB<sup>44</sup>, ou exigir da contratada garantia bastante para satisfazer as obrigações legais, na forma do art. 477 do CCB, o que corresponde à recuperação da capacidade econômica<sup>45</sup>. Sem adotar medidas dessa natureza, a contratante infringe a tipicidade contratual, sujeitando-se à condição de empregadora dos trabalhadores envolvidos, por ilicitude ulterior à formalização contratual.

Também pode ocorrer que a perda superveniente de capacidade econômica decorra de aumento dos custos contratuais (como a elevação tributária, reajuste do valor salário mínimo, aumento de direitos previstos em normas coletivas, etc.), sem o correspondente reajuste do preço contratual, para garantir o equilíbrio econômico do contrato. Nessa hipótese, a perda da capacidade econômica da contratada aproveita à contratante, a quem a norma atribui dever de fiscalização do equilíbrio contratual, sendo, por isso, elemento suficiente para descaracterizar a prestação de serviço. Para evitar essa situação, cabe à empresa contratante zelar pelo equilíbrio econômico do contrato, promovendo o reajustamento do preço do serviço sempre que se verificar insuficiente.

A configuração de fraude ao contrato de prestação de serviço, nesses casos, independe do inadimplemento de direitos trabalhistas, sendo suficiente o risco efetivo e concreto, pois a norma que erige a capacidade econômica da empresa prestadora a condição de validade contratual visa a prevenir a situação de dependência econômica e operacional da empresa prestadora à sua contratante, suficiente para desfigurar a prestação de serviço.

Portanto, o descumprimento de direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, à luz da legislação em estudo, não enseja ilicitude automática da prestação de serviço, por ausência de capacidade econômica da empresa empregadora. Esse inadimplemento pode constituir indício da ausência ou da perda ulterior da capacidade econômica, mas também pode decorrer de fator alheio à capacidade econômica da prestadora. Nessa última hipótese, mantido

---

44 “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

45 “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”

incólume o contrato de prestação de serviço, deve a contratante responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, nos termos do § 5º do art. 5º-A da Lei nº 6.019:

“§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

Essa garantia à satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora, com patrimônio da contratante, reforça a noção da capacidade econômica da prestadora como requisito de validade contratual. Não se justificaria tal exigência como mera garantia de satisfação de obrigações contratuais, inserida no conceito do instituto regulado pela legislação específica (a prestação de serviço), se não estivesse a serviço da identificação de seus elementos essenciais, pois a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, prevista na norma do § 5º, já constituiria medida suficiente de garantia de satisfação de direitos dos trabalhadores. Por sua vez, a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias também se encontra lastreada em norma de responsabilidade patrimonial da empresa tomadora.

A capacidade econômica da empresa prestadora de serviço, muito além disso, é medida divisória entre a prestação de serviço e a intermediação de mão de obra, por constituir elemento de afirmação da autonomia financeira e operacional da empresa contratada.

Do exposto se extraem duas consequências imediatas:

a) *a responsabilidade subsidiária da empresa contratante incide sobre contrato lícito de prestação de serviço e vigora enquanto perdurar a higidez dessa contratação*: caso venha a se descaracterizar a prestação de serviço, por vício de origem ou por vício superveniente à contratação (p. ex., por ausência originária ou por perda superveniente de capacidade econômica da empresa contratada), em vez de mera responsabilidade subsidiária à empresa tomadora, a norma do art. 4º-A, *caput*, atribui responsabilidade principal por todas as obrigações trabalhistas, na condição de empregadora dos trabalhadores envolvidos, por fraude contratual (CLT, art. 9º);

b) *a responsabilidade subsidiária da empresa contratante independe de configuração de culpa in elegendo ou in vigilando da empresa contratante*: diversamente do que ocorre no âmbito da Administração Pública, em que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 veda a transferência automática de responsabilidade patrimonial ao ente público contratante, pelo fato do inadimplemento

de obrigações pela empresa contratada (STF, ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 760.931/DF, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Rosa Weber, *leading case* do Tema nº 246 de Repercussão Geral), o referido art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019 expressamente atribui responsabilidade subsidiária à empresa contratante, no âmbito privado, por mero inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Trata-se, portanto, de responsabilidade subsidiária automática, que se configura no âmbito de um contrato lícito de prestação de serviço e que não discrepa, portanto, da responsabilidade subsidiária prevista no inciso IV da Súmula nº 331 do TST<sup>46</sup>.

Esses são, enfim, os elementos essenciais do contrato especial de prestação de serviços interempresariais, à luz da legislação reformista, e que se aplicam indistintamente a contratos firmados em atividades finalísticas e instrumentais da empresa tomadora, sem embargo da inconstitucionalidade da terceirização em atividade-fim.

### 3 – CONCLUSÕES

Na esteira do posicionamento sustentado pelo Ministério Público, são inconstitucionais os dispositivos da Lei nº 6.019/74, com as inserções e alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, que autorizam terceirização de atividades finalísticas em empresas privadas e empresas estatais exploradoras de atividade econômica, tendo conta três ordens de fundamentos: (i) por violar o regime constitucional de emprego socialmente protegido e os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, que lhe são consectários, previstos nos arts. 1º, IV; 7º a 11; 170, VII e VIII; e 193 da Constituição; (ii) por esvaziar a função social constitucional da empresa, em violação aos arts. 1º, IV; 5º, XXIII; e 170, III, c/c arts. 7º, XII; 24, XIV; 212, § 5º; 218, § 4º; e 227 da Carta Magna, e (iii) por ofender a regra constitucional do concurso público no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, assentada nos arts. 37 e 173, § 1º, II, da Constituição, além de violar o princípio constitucional da organização funcional da administração pública (CF/88, art. 37).

Na primeira ordem de fundamentos, a terceirização de atividade-fim esvazia a garantia constitucional da relação de emprego socialmente protegida (CF/88, art. 7º, I) como fonte dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CF/88, arts. 7º a 11 da Constituição).

---

46 “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

## DOCTRINA

Na segunda ordem de fundamentos, a terceirização de todas as atividades empresariais, ao viabilizar a figura da empresa sem empregados, viola a função social constitucional da empresa. Afronta o princípio do valor social da livre-iniciativa como fundamento da República (CF/88, art. 1º, IV) e a função social da propriedade (CF/88, art. 5º, XXIII) como princípio da ordem econômica (CF/88, art. 170, III). A indústria sem industriários, o comércio sem comerciários e a agricultura sem trabalhadores rurais, sem gerarem emprego direto dotado de máxima eficácia protetiva, furtam-se de cumprir sua função social traduzida especialmente em missões comunitárias que lhe imputam a ordem legal e constitucional.

Na terceira ordem de fundamentos, a terceirização de atividades finalísticas no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista viola o princípio constitucional da impessoalidade (CF/88, art. 37, *caput*), densificado na regra constitucional do concurso público (CF/88, art. 37, II e § 2º). Contraria a jurisprudência do STF que submete à regra do concurso público as empresas públicas e sociedades de economia mista (MS 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard) e que veda substituição de empregados públicos concursados por contratos civis de prestação de serviços para realização das atividades principais de empresas estatais (ADI 890/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa). Viola, por fim, o *princípio constitucional da organização funcional da administração pública*, que pressupõe a imposição constitucional de um quadro próprio e estável de agentes públicos diretamente vinculados à administração pública, organizado e profissionalizado para o exercício contínuo das atividades que integram as competências estatais (CF/88, art. 37).

Não obstante essa linha de considerações estruturada no plano do controle de constitucionalidade, essencial à preservação da ordem trabalhista constitucional democrática, as disposições relativas à terceirização, inseridas na Lei nº 6.019/64 pela Lei da Reforma Trabalhista, desafiam interpretação sistemática e teleológica como elementos inseridos no ordenamento jurídico-trabalhista e que, por isso, demandam leitura harmoniosa com seus objetivos humanistas e seus princípios promotores de segurança social.

Nessa esteira, em caráter subsidiário à tese de inconstitucionalidade da terceirização em atividades finalísticas, o estudo se encaminhou a analisar os marcos jurídicos do novo modelo de terceirização instituído pela Lei da Reforma Trabalhista, à luz de uma compreensão axiologicamente integrada ao ordenamento jurídico-trabalhista, capaz de ensejar soluções normativas que minimizem as repercussões deletérias do fenômeno sobre a proteção social do trabalhador.

A prestação de serviço, sob o regime da Lei nº 6.019/74, com as inserções e alterações promovidas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, se submete a marcos jurídicos que delimitam sua configuração, como contrato típico, e o regime

## DOCTRINA

de emprego terceirizado, dele decorrente, por sua reduzida eficácia protetiva, constitui modelo excetivo ao regime geral de emprego constitucionalmente garantido, firmado entre o trabalhador e a empresa beneficiária final de sua mão de obra.

A nova legislação fixa como marcos jurídicos da prestação de serviço essenciais à sua configuração: (i) a transferência da execução de atividade de uma empresa a outra, como objeto contratual; (ii) o modo autônomo de execução do contrato, pela empresa prestadora de serviço, nos limites do contrato; e (iii) a capacidade econômica da empresa prestadora para executar o contrato.

(i) O contrato de prestação de serviço tem por objeto a transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviço (art. 4º-A, *caput*), cujo funcionamento observe os requisitos formais do art. 4º-B (inscrição no CNPJ, registro na Junta Comercial e capital social mínimo compatível com o número de empregados). A transferência da execução da atividade por meio de contrato pressupõe autonomia formal, organizacional, administrativa, finalística e operacional da empresa contratada, à qual cabe exercer com exclusividade o controle do processo de produção da atividade, sem interferência da contratante, que figura como credora do resultado útil, pronto e acabado.

Configura fraude ao regime geral de emprego o uso de contrato de prestação de serviço para mera transferência de vínculos formais de emprego à empresa contratada, sem transferência efetiva da execução da atividade.

(ii) As atividades objeto do contrato de prestação de serviço devem ser executadas sob direção exclusiva da empresa prestadora e nos limites do contrato. Disso decorre que (a) deve a empresa prestadora contratar e remunerar seus empregados, exercendo com exclusividade a direção de seu trabalho (arts. 4º-A, § 1º) e (b) deve a empresa contratante abster-se de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviços para finalidade distinta da prevista no contrato (art. 5º-A, § 1º).

Configura-se o desvio de finalidade do contrato de prestação de serviço, com conseqüente formação de vínculo direto entre trabalhador e empresa tomadora, quando, na execução da atividade: (a) a empresa prestadora não exerce com exclusividade a direção do trabalho de seus empregados, abrindo mão ou compartilhando essa direção com a empresa tomadora; (b) a empresa tomadora exerce algum comando diretivo sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que de forma relativa, rarefeita ou compartilhada, revelando exercício de controle sobre o processo produtivo da atividade; e (c) quando empresa tomadora exige e a prestadora realize, com emprego da mão de obra empregada, atividade distinta daquela prevista no contrato de prestação de serviço.

## DOCTRINA

(iii) A atividade deve ser transferida a empresa que possua capacidade econômica compatível com a execução do contrato (art. 4º-A, *caput*), o que não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, para funcionamento da empresa de prestação de serviço. A capacidade econômica diz respeito à situação econômica positiva da empresa para cumprir todos os compromissos decorrentes da execução do contrato (obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade) e constitui pressuposto de autonomia financeira e operacional da empresa, para prestar e oferecer a prestação de serviço no mercado.

Essa capacidade econômica deve ser aferida pela empresa contratante e estar presente, portanto, no ato da contratação e no curso da execução contratual. São elementos configuradores de ausência de capacidade econômica no ato da execução contratual: (a) pactuação de preço contratual insuficiente à cobertura de todos os custos operacionais do contrato (obrigações comerciais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias, etc.), e/ou (b) a situação de inidoneidade econômica estrutural da empresa devedora habitual de obrigações trabalhistas, previdenciárias e/ou fiscais, decorrentes de contratos anteriores de prestação de serviço, e da empresa destituída de estrutura material, administrativa e organizacional mínima compatível com a dimensão do contrato, cuja capacidade econômica esteja comprometida por esses e outros passivos aferíveis à época da contratação ou no curso do contrato.

A perda superveniente da capacidade econômica, inclusive por defasagem do preço do serviço em face da elevação dos custos contratuais (elevação tributária, reajuste do valor salário mínimo, aumento de direitos previstos em normas coletivas, etc.), implica perda ulterior de requisito de validade contratual, ensejando sua ilicitude, se a empresa contratante não adotar posturas voltadas a preservar a execução contratual: (a) na hipótese de defasagem do preço do serviço, promover sua adequação para garantir o equilíbrio econômico do contrato; (b) nas demais hipóteses, promover a resolução do contrato (CCB, art. 475) ou exigir da contratada garantia bastante para satisfação das obrigações legais, o que corresponde à recuperação de sua capacidade econômica (CCB, art. 477).

A inobservância dessas condutas, pela empresa contratante, implica violação da tipicidade contratual, ensejando desconfiguração da prestação de serviço e caracterização de fraude contra o regime de emprego (CLT, art. 9º), com formação de vínculos de emprego diretamente entre os trabalhadores e a empresa tomadora de suas atividades, por ausência de autonomia financeira e operacional da empresa contratada.

## DOCTRINA

Para afastar a licitude do contrato de prestação de serviço, a ausência de capacidade econômica da empresa contratada deve ser aquela passível de aferição pela empresa contratante, pelos meios ordinários de fiscalização. A ausência de diligência, nesse sentido, configura culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*, que conduz ao afastamento da prestação de serviço e ao reconhecimento de vínculos de emprego.

O inadimplemento de direitos trabalhistas dos empregados terceirizados pela empresa prestadora, embora possa constituir forte indício de sua incapacidade econômica, não enseja ilicitude automática da prestação de serviço. Decorrendo de fator alheio à capacidade econômica da prestadora ou de incapacidade econômica impossível de aferição pela contratante, o inadimplemento enseja apenas sua responsabilidade subsidiária (art. 5º-A, § 5º).

A responsabilidade subsidiária da empresa contratante incide sobre contrato lícito de prestação de serviço e vigora enquanto perdurar a higidez dessa contratação, não dependendo de configuração de culpa *in elegendo* ou *in vigilando* da empresa contratante. Trata-se de responsabilidade patrimonial automática e objetiva, pelo fato do inadimplemento, nos moldes da responsabilidade prevista no item IV da Súmula nº 331 do TST.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

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

POCHMANN, Marcio. *A superterceirização dos contratos de trabalho*. Pesquisa publicada no site do SINDEEPRES – Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros. São Paulo.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 07, jul. 2003.

VIEIRA, Paulo Joarês; FONSECA, Vanessa Patriota da (Coord.). *Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação*. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho – Ministério Público do Trabalho. Brasília: MPT. No prelo.

# TRADIÇÃO E RUPTURA: VORAZES DILEMAS DO DIREITO INTERTEMPORAL NO PROCESSO TRABALHISTA

Homero Batista Mateus da Silva\*

“O tempo vinga-se das coisas que se fazem sem sua colaboração.”<sup>1</sup>

## 1 – AUTOAPLICABILIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS, ONTEM E HOJE

No estudo do direito intertemporal<sup>2</sup>, as leis processuais são normalmente autoaplicáveis, inclusive no silêncio do legislador<sup>3</sup>. A autoaplicabilidade, irradiadora de efeitos imediatos, é a regra; a inaplicabilidade aos fatos presentes e a retroatividade para fatos pretéritos, de outro lado, são ambas situações excepcionais a serem justificadas pelo legislador e, ainda assim, sob certos critérios.

Os atos processuais são praticados segundo a lei nova, mas, se constituído algum direito processual na vigência da lei anterior, poderá a parte exercitá-lo, ainda que sob a lei nova.

---

\* *Juiz do trabalho e professor universitário.*

1 COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1979.

2 Para os limites deste artigo, adotaremos o entendimento de que direito intertemporal é o estudo de eficácia das leis no tempo, com relação a fatos anteriores ou posteriores a sua entrada em vigor, ao passo que direito transitório se dedica às regras criadas para a transição da lei revogada. A Lei nº 13.467/2017, a toda evidência, desafia muito mais o direito intertemporal e quase nada nos ofereceu em matéria de regras de transição. A respeito dessa dicotomia, ver, por todos: PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. *Elementos para uma teoria de direito intertemporal no processo civil*. Tese de doutorado, São Paulo: USP, 2004. p. 20-21.

3 “A regra, no silêncio da lei, é a irretroatividade (...). A lei dispõe para o futuro; ela não prejudicará o direito adquirido”. (FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 295)

Trata-se de aplicação, no direito processual, do consagrado princípio<sup>4</sup> segundo o qual a lei nova não pode atingir direito adquirido<sup>5</sup>, nem os atos consumados no processo em curso<sup>6</sup>.

Posta a questão por outro ângulo, “a lei que se aplica em questões processuais é a que vigora no momento da prática do ato formal, e não a do tempo em que o ato material se deu”<sup>7</sup>.

Ao longo do século XX, diversos autores digladiaram em torno dessa premissa<sup>8</sup>, muitos reivindicando a paternidade de sua elaboração e outros criticando as fórmulas rebuscadas, de uns ou de outros, para que todos chegassem a conclusões parecidas<sup>9</sup>.

Um dos maiores gargalos sempre foi afastar a confusão entre autoaplicabilidade e retroatividade: a primeira palavra representa a aplicação imediata do império da nova legislação, apanhando as relações em curso, enquanto a segunda palavra, bem mais ambiciosa, representa a possibilidade de uma lei voltar no tempo e desfazer as relações processuais já consumadas<sup>10</sup>.

4 “O tema do (...) direito adquirido (...) está inserido no âmbito do direito intertemporal, e remonta à Era Clássica (séculos V e IV a.C.), com as leis de Sólon e Drácon. Somente no século XIX, com os juristas Carlo Francesco Gabba (*Teoria della retroattività delle leggi*), Paul Roubier (*Le conflit des lois dans le temps*) e, entre nós, no início do século XX, com Reynaldo Porchat (*Da irretroatividade das leis civis*), fixam-se seus conceitos fundamentais”, ensinava: GARCIA, Sebastião Carlos. Direito adquirido e eficácia da lei no tempo. *Revista dos Tribunais*, v. 924, p. 217-256, out. 2012.

5 LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, [1974]. p. 15.

6 FAZZALARI, Elio. Efficacia della legge processuale nel tempo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 43, n. 4, p. 889-897.

7 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 22. v. 1.

8 Sobre a célebre controvérsia entre Gabba e Roubier, ver resumo sintético de: BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 31, p. 143-170, jan./abr. 2005, p. 151.

9 Sobre as disputas entre os juristas e sobre o caráter não absoluto da regra da autoaplicabilidade, ver o panorama histórico em: MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. 431 p.

10 Embora a retroação explícita tenha se tornado mais rara, temos um exemplo flagrante na CF/88, representado pelo art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”. Por se tratar de norma constitucional e por haver manifestação expressa do constituinte (e não mera ilação), o dispositivo parece ter produzido os efeitos retroativos desejados. Embora se possa acusar o art. 17 do ADCT de ousadia, nada se compara ao teor do art. 96, parágrafo único, da CF 1937, que admitia a descon sideração da coisa julgada por parte dos Congressistas, que poderiam afastar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, preferindo a norma inconstitucional ao acórdão passado em julgado: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. Retroação máxima, também chamada de restitutória.

## DOCTRINA

Aos poucos, a dicotomia foi se aclarando e a separação adquiriu sabor de lugar-comum em textos, palestras e julgados.

Não raro, quando alguém precisa justificar a aplicação imediata de uma nova regra processual, acresce em seu raciocínio algum pensamento como “dê-se por satisfeito que a lei não retroagiu no tempo a ponto de mandar você devolver o dinheiro levantado”.

Por vezes, encontramos o uso de outras expressões para representar o princípio da irretroatividade da lei processual nova, como o princípio da sobrevivência da lei antiga, sendo comum a definição de que o efeito imediato objetiva a aplicação da lei ao presente, ao passo que o efeito retroativo almejaria a aplicação da lei processual ao passado, aos fatos já realizados, e não apenas aos fatos em vias de realização<sup>11</sup>.

Mas esse está longe de ser o drama contemporâneo das leis processuais em constante mutação – leis processuais regentes das relações civis, das relações de trabalho, das relações de consumo, do âmbito administrativo, eleitoral, penal e o mais.

O drama maior parece ser o exato momento em que a autoaplicabilidade deve ser declarada, ou seja, se um ato processual já iniciado deve ser concluído sob o manto protetor da lei antiga ou se o próprio desenrolar do ato se sujeita ao novo comando.

Várias teorias se propõem a explicar o fenômeno e a isolar os atos ou fases como se fossem miniprocessos, de modo a proteger uns e desguarnecer outros.

Antes de enfrentarmos esse esforço de isolamento de atos, cabe, porém, uma breve digressão sobre as razões da excessiva importância que o direito intertemporal processual assume no ordenamento brasileiro.

Ainda está por ser feito o estudo das razões pelas quais nós nos tornamos a pátria das reformas sem fim: basta notar que qualquer um que lê este artigo já teve de se inteirar sobre as regras processuais várias vezes, durante e depois da

---

11 Assim se consagrou a distinção proposta por: PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, a. 100, v. comemorativo, p. 177-192. O autor cunhou a frase muitas vezes repetida sem lhe dar o crédito, de que “a lei que rege a causa (fato jurígeno) rege também seus efeitos”, o que justifica, por exemplo, a razão de incidência da lei velha durante toda a tramitação e julgamento de recurso interposto à época de sua vigência, ainda que durante seu percurso uma lei nova tenha entrado em vigor. Parafraseando o professor carioca, a lei que rege o recurso há de reger, também, os seus efeitos. Voltaremos ao tema ao final deste artigo, por considerarmos que as leis processuais alteradoras de sistema recursal se enquadram, em nossa catalogação, no conceito de lei de média densidade.

## DOCTRINA

faculdade, porque códigos inteiros são jogados fora e algumas leis, sob o pretexto de adequação dos textos, reescrevem totalmente a obra recém-reformada.

Embora este estudo seja dedicado a questões verificadas no âmbito do processo do trabalho, não custa refletir que o Código de Processo Civil de 1973, antes de ser oficialmente abolido em março de 2016, havia passado por tantas e tão complexas reformas que, a rigor, nem deveria mais ter sido conhecido pelo ano de origem.

Das dezenas de reformas, aquelas de 1994 (calcadas na reestruturação das tutelas de urgência) e de 2006 (com ênfase no chamado sincretismo processual – ou seja, ambas ideias germinadas originalmente na seara trabalhista) foram particularmente dramáticas do ponto de vista das premissas e de seu acervo conceitual.

O leitor deve se lembrar quantas vezes nós chegávamos a dizer “extinção sem julgamento de mérito”, até que algum olhar de reprovação nos fazia lembrar que o correto passara a ser “extinção sem resolução de mérito” – e assim sucessivamente, para ficarmos apenas num exemplo.

No campo dos atos de expropriação, os conceitos exatos de remição, adjudicação e arrematação foram embaralhados várias vezes. Até hoje há quem os confunda ou quem discuta se a revogação de dispositivos de lei necessariamente corresponde à eliminação do instituto ou se, ao revés, este pode manter sua existência fora da órbita do direito posto, com ajuda dos livros e dos julgados.

Até mesmo conceitos que deveriam ser simples e de fácil localização no campo processual, como partes e procuradores, despesas processuais e coisa julgada, sofrem abalos reiterados e minam os esforços para o desenvolvimento da ciência processual.

Virtudes da modernização constante, dirão alguns; ajustes às exigências da sociedade do consumo e do capitalismo periférico, lembrarão outros.

Pode até ser.

Mas custa a crer que essas mudanças incessantes sejam capazes de promover melhorias no funcionamento do processo judicial, na entrega da prestação jurisdicional e, sobretudo, na pacificação social e na estabilidade das relações jurídicas, que, ao fim e ao cabo, são a razão de ser do processo.

De certa forma, justifica-se algum sentimento de inveja quando se estudam as relações processuais no direito romano ou em certos ordenamentos orientais e se recebe a notícia de que as regras do processo duravam décadas e séculos, sem o afogamento das reformas incessantes.

## DOCTRINA

A sociedade talvez fosse mais homogênea, e os padrões se alteravam com menor frequência, decerto, mas ainda assim a comparação impressiona.

É duvidosa a afirmação de que nossas reformas legislativas busquem ajustes proporcionais às alterações dos costumes ou das relações civis. Na verdade, não há base científica nessa máxima, mas apenas uma vaga impressão de que leis velhas devem ser substituídas por leis contemporâneas, mais afetas às questões de nosso tempo e de nossos valores.

Talvez se fossem bem escritas e trabalhassem com tipos mais abertos poderiam aguentar com dignidade a marcha inexorável do tempo, deixando-se de lado os casuísmos e a insensatez, como usar valores em moeda de curso forçado para estabelecer rol de despesas processuais (R\$ 11,06 a diligência do oficial de justiça na zona urbana, R\$ 0,28 o valor da fotocópia – art. 789-A, II, e art. 789-B, II, ambos da CLT, na redação dada pela sofrível Lei nº 10.537/02, cujo redator, evidentemente, não teve preocupação com a marcha do tempo).

Talvez se não fossem costuradas aos retalhos teriam mais facilidade de compreensão e melhor visão do todo, evitando-se as constantes colisões de dispositivos e de intenções. Às vezes, as colisões ocorrem lado a lado, como assistiremos, doravante, entre os arts. 876, parágrafo único, e 878, *caput*, da CLT, gerando tensões sobre o impulso de ofício no processo do trabalho – impulso de ofício para o acessório (contribuição previdenciária), mas não para o principal (crédito trabalhista). Numerosas teses serão postas à mesa para tentar encontrar o equilíbrio desses dois dispositivos: em poucos dias de vigência da nova redação (dada pela Lei nº 13.467/2017) dos dois artigos legais retalhados, colhem-se múltiplas vertentes que procuram explicar sua inconciliabilidade.

Conforme já se afirmou, as frequentes modificações legislativas são

“decorrência de o Brasil ter arraigado em sua cultura política o afã de resolver todos os problemas via lei (origem casuística da lei), como se esta fosse uma sanatória para todos os fatores contingentes socioeconômicos por que passa o país, esquecendo-se, por vezes, o legislador, de que a lei tem limites e possibilidades.”<sup>12</sup>

Isso tudo força a jurisprudência ao limite de sua capacidade, obrigando formação de consensos apertados e insatisfatórios.

E, obviamente, volúveis.

---

12 DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito processual intertemporal. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 6, n. 4, p. 48-75, jan./mar. 2000, p. 48.

## DOCTRINA

Por ora, somos forçados a concluir que o legislador é soberano na seleção dos temas e preceitos que pretende disciplinar ou ajustar e, feita essa escolha, ele também é soberano para fazer os ajustes de maneira fragmentada e vaporosa.

A nós resta apenas tentar decifrar os vapores<sup>13</sup>.

Encerramos aqui nossa inquietação sobre o país das reformas sem fim e voltamos a pensar no que poderia ser a melhor solução para a autoaplicabilidade da lei processual nova.

A autoaplicabilidade das leis que regem as relações processuais foi a solução consensual para conciliar a longa duração de muitos processos, de um lado, e a necessidade de máxima eficácia possível da norma jurídica.

Se assim não fosse, conviveríamos com pelo menos dois grandes nós jurídicos: a postergação a perder de vista da entrada em vigor de quase todas as leis e, ainda, a existência de tantos ritos processuais quantos fossem os processos, pois a cada alteração legislativa todas as relações anteriores seriam poupadas e somente as relações novas seriam afetadas.

Tomando-se por base uma média de 100 leis que alteraram a parte processual da CLT em seus 70 e poucos anos, teríamos hoje 100 processos do trabalho – e o caos.

Os tribunais trabalhistas passaram por profundas reformulações nesses anos, com a criação de vários órgãos fracionários; houve alteração expressiva no sistema recursal e algumas mudanças no sistema das despesas processuais; benefícios da Fazenda Pública pulularam aqui e acolá; a ação rescisória foi repaginada; um rito inteiramente novo foi criado para causas consideradas pelo legislador de menor complexidade; competências judiciais foram alteradas; e assim por diante.

A previsibilidade do fluxo processual, já bastante nebulosa, seria aniquilada, portanto.

Mas a esta altura já se antevê uma outra ansiedade que o processualista terá de enfrentar: seriam todas as leis processuais de igual impacto? Seria razoável pensarmos em leis processuais simples, médias e complexas, ou, em termos conceituais, leis processuais de densidade baixa, moderada ou alta?

---

13 Ou, na linguagem sempre precisa de Estêvão Mallet, “resta-nos pouco mais do que o casuismo, no qual cai com frequência a doutrina, levando consigo a jurisprudência, que se vê obrigada, a cada passo, a desconsiderar critérios anteriormente consagrados” (Conflito de leis trabalhistas no tempo. *Trabalho & Doutrina*: processo, jurisprudência, São Paulo, n. 17, p. 71-81, jun. 1998, p. 74).

## 2 – EM BUSCA DA DENSIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS

Se adotarmos a premissa de que as leis processuais podem ser catalogadas de acordo com seu impacto ou densidade, talvez possamos lidar melhor com regras de calibragem para a autoaplicabilidade da lei nova.

A tentativa de catalogar as leis processuais de acordo com sua densidade não é nova.

A dificuldade reside sempre nos exatos contornos dessa delimitação.

Houve quem propusesse que as leis processuais fossem aferidas de acordo com o grau de “retroatividade temperada” para representar o esforço de se fazerem “blocos indivisíveis” ao longo do processo, de modo a tornar mais claro o alcance de autoaplicabilidade<sup>14</sup>: se nós conseguíssemos ter clareza nesses blocos, ficaria mais fácil saber a partir de onde se deflagra o império da nova lei e dali para trás se preservam os efeitos da lei velha.

O drama será encontrar consenso nesses “blocos”.

“Seja qual for a doutrina que se aceite, o que não sofre dúvidas é não haverem os juristas, até hoje, encontrado uma fórmula única e geral, aplicável a todos os aspectos do conflito das leis no tempo”, lecionava Vicente Rao<sup>15</sup>.

A nosso ver, a catalogação deve ser feita sobre o conteúdo ou densidade da lei processual, e não propriamente sobre seus efeitos. Vale dizer, teremos mais facilidade de lidar com os desdobramentos da situação se enfocarmos a essência das normas processuais, em vez de nos atermos à casuística<sup>16</sup>.

Outro ponto a ser destacado, antes de alinhavarmos a catalogação proposta por este artigo, é dizer que a separação das normas processuais por sua densidade guarda consonância com a lição clássica da doutrina processual a respeito dos sistemas de incidência da lei nova em processos em curso.

Como se sabe, a doutrina se esmera em separar as teorias em três modalidades: (a) teoria da unicidade processual, (b) teoria das fases processuais e (c) teoria do isolamento dos atos processuais.

---

14 PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 100, v. comemorativo, p. 177-192.

15 RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. p. 356. v. 1.

16 Encontramos essa catalogação com outros nomes e semelhantes propostas. O Ministro Barroso, por exemplo, utiliza as expressões “retroatividade máxima, moderada e mínima (ou mitigada)” e apresenta vários exemplos do direito romano, do Código Napoleônico e das Constituições brasileiras. (BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 31, p. 143-70, jan./abr. 2005)

## DOCTRINA

Pela chamada *teoria da unidade processual* o que vale é a lei em vigor na data do ajuizamento da ação; dado que o processo é um conjunto de atos indissociáveis, somente poderia ser regulado por uma única lei. Embora essa teoria seja hoje minoritária e por vezes considerada “radical”, é ela que resolveu as dúvidas trazidas pelo rito sumaríssimo em março de 2000 (Lei nº 9.957/00 – Orientação Jurisprudencial 260, I, da SDI 1 do TST).

É por causa da teoria da unidade processual, também, que ainda seguem vigentes as disposições do DL nº 7.661/1945 para todos os processos falimentares ajuizados até junho de 2005, quando entrou em vigor a nova lei de falência, que não foi aplicada, portanto, a nenhum processo em curso, dada a quebra de paradigmas que ela carregava, como o fim dos regimes de concordatas e a ampliação dos poderes dos credores para a definição dos rumos da massa falida: “Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945”, assevera o art. 192 da Lei nº 11.101/05.

Também a Lei de Locação, ao estabelecer novos princípios e novas diretrizes, foi enfática ao afirmar que “não se aplicam as disposições desta lei aos processos em curso” (art. 45 da Lei nº 8.245/91). E, ainda, foi excepcionado o sistema de juizado especial criminal para os processos cuja instrução já houvesse começado (art 90 da Lei nº 9.099/95), por se considerar que “não era um procedimento novo, mas um novo sistema processual”<sup>17</sup>.

Qual seria um ponto comum entre o rito sumaríssimo no processo do trabalho, o processo falimentar e a ação de despejo?

Seria importante refletir a respeito para saber se, ao fim e ao cabo, a Lei nº 13.467/2017 não poderia ser, também ela, classificada como uma lei alteradora da unidade processual, como uma lei alteradora de cânones, princípios, diretrizes, enfim, do delicado edifício sobre o qual se assenta o processo do trabalho.

Aqui se faz realmente uma pausa para reflexão: quanto mais o leitor se convencer de que a Lei nº 13.467/2017 quebrou paradigmas do processo do trabalho, tanto mais ele terá de considerar sua inaplicabilidade total para os feitos pendentes.

Em segundo lugar, pela chamada *teoria das fases processuais*, a lei nova incide sobre a fase a se iniciar, entendendo-se por fase a classificação global consagrada pela doutrina: postulatória, instrutória, decisória e recursal.

---

17 DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito processual intertemporal. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 6, n. 4, p. 48-75, jan./mar. 2000, p. 59.

## DOCTRINA

Assim, a lei nova que entrar em vigor durante a fase instrutória não prejudica as provas testemunhais ou documentais em curso ou já requeridas, apanhando apenas quem esteja ainda na fase postulatória; em contrapartida, se ela altera premissas da sentença e do sistema recursal, as pessoas que estavam na etapa da coleta das provas já sofrerão seus efeitos nos meses seguintes, pois não havia direito adquirido ao recurso antes de se prolatar a sentença, e assim sucessivamente.

Esta teoria tem a virtude de abrandar um pouco a rigidez da unidade processual, mas gera muitas dúvidas sobre o momento exato do término de uma fase e o começo da outra e ainda contém duas agravantes: a questão de alta indagação sobre a natureza jurídica do processo de execução (se seria ele uma quinta fase ou se teríamos de contar as quatro fases novamente, separando-se conhecimento de execução) e a questão de sua transposição para o processo do trabalho, marcado pela simplificação das formas e pela alta dimensão dada à oralidade e concentração dos atos em audiência.

A rigor, a audiência trabalhista, tão conhecida da população brasileira, pode enfeixar ao mesmo tempo a postulação, a instrução e a decisão, embora as audiências unas, em sua pureza ideológica, tenham desaparecido. Talvez essas sejam as razões do esmaecimento da teoria das fases processuais na doutrina e na jurisprudência.

Em terceiro lugar, pela chamada *teoria do isolamento dos atos processuais*, a lei processual está livre para apanhar o processo da forma como ele se encontra, sem se preocupar com o todo (unidade processual) nem com a parte (fase processual).

Respeitam-se apenas os procedimentos com vistas à conclusão do ato. Por exemplo, se a perícia estiver em curso, ela será concluída com os prazos e as impugnações previstas à época de sua deflagração. Neste caso, a perícia é um ato, embora a fase seja a probatória.

Lecionou certa vez Francisco Morato:

“O próprio Merlin, em cuja esteira têm deslizado tantos e tão conspícuos tratadistas, salientou com grande sabedoria que os processos têm uma natureza ‘sucessiva’ e que, em consequência desta sucessividade, os atos que os compõem, se estão consumados, pertencem ao passado e não são atingidos pela lei nova; se ainda não foram praticados, pertencem ao futuro e são por ela alcançados.”<sup>18</sup>

---

18 MORATO, Francisco. Da retroatividade das leis em matéria de impugnabilidade de sentença, jurisdição e competência. *Revista dos Tribunais*, v. 920, p. 27-40, jun. 2012.

## DOCTRINA

O uso da expressão “desde logo” pelos arts. 1.211 do CPC de 1973 e 1.046 do CPC de 2015 levou a doutrina, de forma uníssona, a concluir pela vitória da terceira tese no ordenamento brasileiro e a clara adoção pelo legislador pátrio do isolamento dos atos – quiçá para maximizar os efeitos da lei nova.

Eventuais alterações dessa regra, como citamos na lei de locação e na lei de falência, devem ser expressas de maneira clara pela lei nova, preferencialmente em caso de ritos especiais e procedimentos extravagantes, a fim de não se permitir o conflito com a regra geral do processo civil.

“Hodiernamente o pensamento levantado por Francisco Morato possui o nome de ‘direito processual adquirido da parte’ ou teoria do isolamento dos atos processuais. Neste sentido, com base no art. 5º, XXXVI, da CF/88, a partir do momento que um ato processual tem a sua publicidade na vigência de uma lei, com base nessa sistemática é que as consequências do ato serão analisadas.”<sup>19</sup>

Vista a questão por estes ângulos e dada a notória omissão do processo do trabalho, também as leis processuais trabalhistas parecem seguir o postulado do isolamento dos atos.

Justifica-se a aplicação subsidiária ao processo do trabalho do art. 1.046 do CPC de 2015 e assim foi feito ao longo dos anos, com as mudanças pontuais da legislação processual de custas e emolumentos (Lei nº 10.537/02), sistema recursal (Lei nº 11.496/07, sobre os embargos de divergência, Lei nº 13.105/2014, sobre o recurso de revista, e tantas outras), simplificação de autenticação de documentos (Lei nº 11.925/09), multa em caso de não pagamento das verbas rescisórias em audiência (Lei nº 10.272/01), momento da juntada da defesa (Lei nº 9.022/95), depósito da ação rescisória (Lei nº 11.495/07) e o regime de cobrança de ofício das contribuições sociais (Lei nº 10.035/00).

Não me lembro de alguém ter sustentado, nestes anos, que essas alterações fragmentadas fossem inoponíveis aos processos em curso, exceção feita ao rito sumaríssimo, que será um exemplo inquietante ao longo deste artigo pois ele pode, sim, guardar semelhanças com o impacto da Lei nº 13.467/2017 – embora a comparação entre essas duas normas esteja mais para um encontro de Davi com Golias.

---

19 MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Direito intertemporal. Comentários ao texto de Francisco Morato sobre a retroatividade das leis para fins de impugnabilidade e satisfação da sentença. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 101, n. 920, p. 31-40, jun. 2012.

## DOCTRINA

Antes, porém, retomemos o raciocínio da busca da densidade das normas: entendemos que não é o jurista quem escolhe uma das três teorias acima, mas é a lei em si que determina seu destino.

Explica-se.

Se bem entendidas, as três teses clássicas acima descritas – unidade processual, isolamento de fases e isolamento de atos – desempenham cada qual seu papel e comportam suas exceções. Sozinhas, nenhuma delas explica todos os fenômenos processuais ou permite uma resposta única para todos os dilemas do processo civil.

Na verdade, o que determinou a prevalência da teoria da unidade processual para a lei de falência e para a lei de locação não foram as boas intenções do legislador ou a visão global da jurisprudência, mas o teor da lei nova, que, carregando alto impacto, mudou completamente a feição desses procedimentos, introduzindo novas diretrizes e até mesmo novos princípios ao processo falimentar e às ações de despejo no direito brasileiro.

Pretendo chegar à seguinte conclusão: mesmo que as leis não contivessem artigos dizendo que elas não eram autoaplicáveis, ainda assim elas somente poderiam reger processos e procedimentos nascidos após sua vigência, dada a complexidade das mudanças propostas.

Seria mesmo inconciliável que uma empresa, digamos, em concordata suspensiva tivesse de aprovar às pressas um plano com assembleia de credores para validar retroativamente o cronograma de pagamentos, bem como seria inexequível que o locador apresentasse a denúncia vazia retroativa a uma época em que ela era vedada pelo ordenamento.

A dúvida que permeia este artigo é saber se a reforma trabalhista se insere no campo das alterações pontuais ou se, ao revés, introduz um novo processo do trabalho e, portanto, deve poupar as relações processuais em curso.

Parece estranho para nós a expressão novo processo do trabalho, mas não sabemos como seremos julgados pela história.

### 3 – LEIS PROCESSUAIS DE BAIXA DENSIDADE

Como as reformas processuais são feitas no Brasil de modo quase cotidiano e com alta fragmentação, não é surpresa que a maioria das leis processuais sejam enquadradas como de baixa densidade.

## DOCTRINA

Assim, ficam livres para apanhar o processo na forma como se encontram, sem respeitar a unidade processual (data do ajuizamento da ação) nem a fase processual.

Há apenas a necessidade de esperar terminar o ato que começou, mas sem rigor científico nem mesmo para os atos considerados complexos. Assim, uma lei nova pode esperar terminar a perícia que está em curso, mas pode ao mesmo tempo influenciar na decisão do juiz em sentença, envolvendo essa mesma perícia, como nos casos de despesas processuais.

O presente rol, sem nenhuma pretensão de ser taxativo, demonstra algumas normas de baixa densidade que historicamente, sem alarde, foram enquadradas na teoria do isolamento dos atos processuais e, como tal, ganharam o efeito imediato ou autoaplicabilidade.

<i>Leis processuais trabalhistas de baixa densidade</i>	
Custas	DL nº 229/67
Prazo para diligência de oficial de justiça	Lei nº 5.442/68
Prerrogativas da Fazenda Pública	DL nº 779/69
Impugnação ao valor da causa	Lei nº 5.584/70
Perícia, honorários	Lei nº 5.584/70
Liminar para obstar transferências	Lei nº 6.203/75
Perícia, substituição processual	Lei nº 6.514/77
Especialização de turmas	Lei nº 7.701/88
Procedimentos da ação de cumprimento	Lei nº 7.701/88
Intimação pessoal da União	Lei nº 9.028/95
Liminar para dirigente sindical	Lei nº 9.270/96
Execução de contribuição social	Lei nº 10.035/00
Emolumentos, custas	Lei nº 10.537/02
Ação rescisória	Lei nº 11.495/07
Autenticação de documentos	Lei nº 11.925/09

Não houve controvérsia quanto aos efeitos imediatos dessas leis processuais, porque o desejo é que os processos fluam com maior rapidez e melhor qualidade. Ou, na síntese feliz de renomado processualista penal:

“O processo é um caminhar para a frente (*pro cedere*); é uma sequência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica e com um fim: o de possibilitar, ao juiz, o julgamento. Deturpações. Qualquer ato que signifique um retardamento é um *noncesso*, uma paralisia; tudo quanto obrigue a voltar atrás acarreta um *retrocesso* (p. ex.: os vícios

que forcem à repetição de atos já praticados); a balbúrdia, movimento desordenado, é o tumulto. O processo deve ser meio de chegar a uma decisão justa. Qualquer formalidade que possa levar a uma solução errada, quer por falta de garantia, quer pelo uso do formalismo como fim e não como meio, é o contraprocessos (num hibridismo mais enfático: é o antiprocessos).<sup>20</sup>

#### 4 – LEIS PROCESSUAIS DE MÉDIA DENSIDADE

Algumas leis processuais, no entanto, não podem apanhar o ato nem mesmo depois de sua efetivação, porque atingem atos antecessores e sucessores, sendo o exemplo mais citado aquele das leis que alteram o sistema recursal.

O caso dos recursos é mesmo muito especial porque os remédios jurídicos envolvem, por si sós, uma ampla gama de freios e contrapesos, ataques e contra-ataques, despesas processuais e estratégias.

Basta pensar no périplo que representa a decisão de um cliente de levar o processo do Tribunal Regional do Trabalho para as instâncias extraordinárias. Numa conta rápida, o advogado terá de fazer as seguintes etapas, no mínimo: a) embargos de declaração; b) possível contraminuta aos embargos de declaração da parte contrária; c) razões do recurso de revista; d) depósito recursal e custas; e) contrarrazões ao eventual recurso de revista da parte contrária; f) sustentação oral nas turmas do TST; g) embargos de declaração no TST.

Dado que uma tramitação como essa não se faz em menos de seis ou 12 meses, não será nada surpreendente que o legislador brasileiro com vocação para a reforma mude algum dos procedimentos, ou, no mínimo, haja alteração do valor do depósito recursal.

Pode-se argumentar que esse item da catalogação – normas de dimensão média – nada mais seja do que uma variação sutil do item anterior – normas de baixa dimensão. Com efeito, também a teoria do isolamento dos atos muito se aproxima, aqui, da teoria das fases processuais: se a gente imaginar que a fase recursal inteira seja um ato, então as duas teses – e as duas catalogações – se aproximam.

Mas há uma razão de ser na estipulação desse item adicional na catalogação: a fase recursal é complexa demais para ser considerada um só ato. Um ato seria, digamos, a sustentação oral ou o recolhimento do depósito recursal. O que se pretende com a inserção desse item – norma de dimensão média – é o

---

20 TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 1.

## DOCTRINA

mesmo propósito visado pela teoria das fases processuais: se o recurso começou sob a égide de uma norma, sob ela deve terminar.

A mudança de procedimento na tramitação do recurso representaria não apenas um contrassenso mas a inutilização de todas as minúcias e planejamento traçado pela parte.

Tome-se por exemplo a Lei nº 13.015/2014, que alterou completamente o recurso de revista: não há direito adquirido à lei do recurso de revista na data do ajuizamento da ação (quando eu nem ao menos sei se o processo chegará àquela etapa e tampouco sei se serei sucumbente no recurso ordinário), nem será possível retroagir a lei para mandar as partes refazerem o recurso de revista que, já aviado, aguarda tramitação e julgamento pelas Turmas do TST, o que pode ser feito meses ou anos depois, mas ainda com a lei velha.

Diz-se, então, que a lei processual vale para quem estiver “passando” por aquela fase, a partir daquele momento.

Para ser mais exato, neste exemplo, a nova lei do recurso de revista apanhou os processos cujos acórdãos foram proferidos já com a vigência da lei nova. Quem foi intimado antes, preparava seu recurso de revista sob a legislação antiga e não podia ser alcançado pela nova.

A frase de Francisco Morato é de clareza solar: “A impugnabilidade da sentença ou admissibilidade de recurso contra ela, é uma verdadeira qualidade inerente à mesma, regulada pela lei vigente ao tempo em que foi proferida”<sup>21</sup>.

Embora não seja o escopo deste artigo, convém frisar que a doutrina por vezes distingue, no sistema recursal, o cabimento e o processamento:

“No que tange aos recursos, entretanto, é preciso particularizar-se essa regra: a lei vigente no dia em que foi proferido o julgamento é a que determina o cabimento do recurso; e a vigente no dia em que foi efetivamente interposto o recurso é a que regula o seu procedimento. Fale-se, portanto, não em retroatividade quanto ao recurso que já fora efetivamente interposto sob o regime da lei antiga, mas em ultratividade ou sobre vigência da lei anterior.”<sup>22</sup>

<i>Leis processuais trabalhistas de média densidade</i>	
Recursos em geral	Art. 915 da CLT
Recurso de embargos em Junta de Conciliação	DL nº 229/67 e Lei nº 5.442/68

21 MORATO, Francisco. Da retroatividade das leis em matéria de impugnabilidade de sentença, jurisdição e competência. *Revista dos Tribunais*, a. 101, v. 920, p. 27-40, jun. 2012.

22 NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 426-427.

## DOCTRINA

<i>Leis processuais trabalhistas de média densidade</i>	
Dissídio de alçada	Lei nº 5.584/70
Agravo de petição	Lei nº 8.432/92
Recurso de revista	Lei nº 9.756/98
Agravo de petição sobre contribuição social	Lei nº 10.035/00
Recurso de embargos	Lei nº 11.496/07
Recurso de revista	Lei nº 13.015/2014

### 5 – LEIS PROCESSUAIS DE ALTA DENSIDADE

Assim como os exemplos de leis processuais de média densidade se concentram em normas recursais, também no caso das leis processuais de alta densidade teremos como ponto comum as normas que alteram ritos inteiros, tornando essas normas de difícil aplicação no curso desses processos. Para poder lidar com elas, só mesmo a teoria da unidade processual.

Os três exemplos mencionados no início deste artigo – Lei de Locação, Lei de Falência e Lei do Juizado Especial Criminal – alteraram os ritos e os procedimentos de ponta a ponta, de modo que seria mesmo inconciliável que houvessem apanhado os processos em curso.

No âmbito trabalhista, como já dito, a Lei nº 9.957/00, que inseriu os arts. 852-A a 852-H no texto da CLT e dispôs sobre o rito sumaríssimo, é considerada o exemplo mais acabado de lei processual de alta densidade e que, como tal, somente pode ser aplicada aos processos ajuizados depois de sua vigência, aos 13 de março de 2000. Assim também o entendimento da OJ nº 260, I, da SDI 1, do TST.

As alterações do sumaríssimo abrangiam:

<i>Lei processual trabalhista de alta densidade</i> <i>Lei nº 9.957/00: atos e fases atingidos</i>	
Forma de redação da petição inicial	Alteração da forma de convite à testemunha
Valor da causa limitado	Simplificação da perícia
Exclusão da Fazenda Pública	Realce no uso da equidade em fase decisória
Restrição ao uso da citação por edital	Simplificação na estrutura da sentença e do acórdão
Expectativa de julgamento em 15 dias	Simplificação do sistema recursal ordinário
Redução do número de testemunhas	Alta restrição ao sistema recursal extraordinário

Deixando de lado o sumaríssimo, cumpre frisar que um tema instigante para estudo, que foge ao alcance deste artigo, diz respeito ao enquadramento como leis de alta densidade aquelas que alteram o processo de execução – ainda que este seja considerado uma fase ou etapa complementar do processo de conhecimento.

## DOCTRINA

Embora o processo do trabalho não tenha vivenciado grandes mudanças no sistema de execução, o processo civil teve frisantes exemplos ao longo das últimas décadas, especialmente através das Lei ns. 8.952/94 e 11.382/06.

Vozes expressivas da doutrina mantêm firme o entendimento de que os processos de execução já iniciados devem permanecer sob a regência das normas processuais anteriores. Tal posicionamento surge em Athos Gusmão Carneiro<sup>23</sup>, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>24</sup> e Nelson Nery Jr.<sup>25</sup>, que sustentam a aplicação das regras vigentes à época da deflagração da execução.

Neste sentido, causou grande celeuma a decisão do STJ de admitir o cancelamento das penhoras sobre imóveis que, no curso do processo, passaram a ser considerados bem de família pela Lei nº 8.009/90 – bem de família legal. Numerosos autores afirmavam que deveriam ser mantidas as penhoras já concretizadas, mas a Súmula nº 205 do STJ entendeu a norma autoaplicável com retroatividade máxima, liberando as penhoras consumadas<sup>26</sup>.

Deixando-se de lado o caso da Súmula nº 205 do STJ, o fato é que somente a teoria da unidade processual foi capaz de lidar com os casos das leis processuais de alta densidade – e, como tal, somente processos ajuizados após a vigência dessas leis foram por elas apanhados.

### 6 – REFLEXÕES SOBRE A CARGA PROCESSUAL CONTIDA NA LEI Nº 13.467/2017 E A RUPTURA DE PARADIGMAS

Devemos, então, enquadrar a Lei nº 13.467/2017 em baixa, média ou alta densidade?

Para seu equacionamento, precisaremos evocar a teoria da unidade processual, das fases processuais ou simples isolamento dos atos processuais?

Trata-se de norma que já nasce desafiadora e assim permanecerá por longo prazo. Cinco anos serão insuficientes para se conhecer o panorama exato

---

23 CARNEIRO, Athos Gusmão. As novas leis de reforma da execução – algumas questões polêmicas. *Revista Dialética de Direito Processual*, 52/46.

24 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 292.

25 NERY Jr., Nelson. *Tempus regit processum*: apontamentos sobre direito transitório processual. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. p. 899-907.

26 A ruptura conceitual provocada pela Súmula nº 205 do STJ não passou despercebida pela doutrina e foi objeto de críticas pela contradição com o que normalmente se decidia sobre a não retroação das normas em processo de execução, como explica DEMO, Roberto Luis Luchi. *Direito processual intertemporal*. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 6, n. 4, p. 48-75, jan./mar. 2000, p. 72.

## DOUTRINA

de seu entendimento e de seu conteúdo – para ficarmos estritamente no tema deste artigo, que é processual e não material.

Apesar da sensação de afogamento que a norma nos traz, a resposta não é tão simples e, ainda, há um detalhe importante a ser salientado: no caso da adoção da primeira tese (unidade processual), todas as demais portas se fecham, é verdade, porque a lei somente teria aplicação para processos aforados a partir de 11 de novembro de 2017 – prefiro pensar em 13 de novembro de 2017, porque recaiu numa segunda-feira, mas esse não é o ponto central de nossa discussão.

Todavia, caso se opte pela teoria do isolamento dos atos processuais, não é incompatível que a lei seja fragmentada e que alguns de seus dispositivos precisem do amparo da teoria das fases processuais. Explica-se. Dada a grande dimensão da Lei nº 13.467/2017, é tranquilamente possível que ela carregue dispositivos de baixa densidade, como aqueles ligados às custas processuais ou à representação do empregador em audiência, com outros de média densidade, como aqueles adstritos ao sistema recursal.

Logo, são compatíveis as duas opções simultaneamente sobre a mesma lei, quando esta é de grande envergadura e afeta vários tópicos de uma mesma relação processual. Assim, aliás, funcionam as soluções de equilíbrio quando entram em vigor os novos códigos no âmbito do processo civil.

Vejamos, numa passada de olhos, o que foi atingido pela Lei nº 13.467/2017:

<i>Alterações no processo do trabalho estabelecidas pela Lei nº 13.467/2017</i>	
<i>Ato ou fase processual</i>	<i>Dispositivo da CLT</i>
1. Requisitos da petição inicial	840
2. Corresponsabilidade de grupo econômico	2º
3. Sucessor	448-A
4. Sócio retirante	10-A
5. Procedimentos de elaboração de súmulas	702
6. Forma de contagem de prazo	775
7. Maior dificuldade para a desistência da ação	841
8. Restrições à declaração da revelia	843
9. Ampliação dos casos de jurisdição voluntária	885-B
10. Reconhecimento do acordo extrajudicial	885-B e segs.
11. Exceção de incompetência territorial	800
12. Distribuição do ônus da prova	818
13. Figura do preposto	843
14. Regime das despesas processuais	789 e segs.
15. Requisitos para a justiça gratuita	790
16. Requisitos para recolhimento ou isenção de honorários periciais, mesmo na prova obrigatória	790-A

## DOCTRINA

<i>Alterações no processo do trabalho estabelecidas pela Lei nº 13.467/2017</i>	
<i>Ato ou fase processual</i>	<i>Dispositivo da CLT</i>
17. Inserção dos honorários de sucumbência	791-A
18. PDV coletivo com eficácia liberatória geral	477-B
19. Prestação de contas anual com eficácia liberatória	507-B
20. Arbitragem com eficácia liberatória	507-A
21. Competência funcional das Varas do Trabalho	652
22. Paralisia do impulso de ofício pelo magistrado	878
23. Expansão do contraditório na fase de liquidação	879
24. Retomada do debate sobre uso de correção monetária reduzida	879
25. Incidente de desconsideração da pessoa jurídica	855-A
26. Formas alternativas de garantia do juízo (seguro-garantia)	882
27. Restrição ao uso de meios alternativos de coerção do devedor	883-A
28. Flexibilização do depósito recursal	899
Alteração do procedimento de realização do depósito recursal	899
29. Cobrança de custas	844
30. Limite para as custas	789
31. Criação de regime inédito de indenização por danos processuais	793-A e segs.
32. Alteração do regime de punição para testemunha a quem se imputa a mentira	793-D
33. Ampliação dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista	896, § 1-A
34. Concretização do pressuposto da transcendência para o recurso de revista	896-A
35. Criação de novo recurso no processo do trabalho (agravo interno)	896-A, § 2º
36. Criação de modalidade atípica de sustentação oral de 5min	896-A, § 3º
37. Criação de decisão irrecurável	896-A, § 5º
38. Prescrição intercorrente	11-A
39. Prescrição do ato único do empregador	11, § 2º

Em resumo, a reforma trabalhista

– alterou pelo menos 40 atos ou fases do processo do trabalho;  
 – mitigou pelo menos 4 grandes princípios norteadores do processo do trabalho, a saber:

- a gratuidade ou facilitação do acesso à justiça (arts. 790-A, 791-A e 844);
- o impulso de ofício pelo magistrado (art. 878);
- a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (por exemplo, art. 855-A, § 1º);
- o sistema do contraditório diferido (art. 879, § 2º).

– atingiu, em suas mudanças, indistintamente todas as fases processuais e todas as instâncias – incluindo-se, nesta conta, a própria petição inicial, a nevrálgica fase da colheita da prova, todo o sistema das despesas processuais desencadeadas pela sentença, mais o sistema recursal e os atos de execução;

## DOUTRINA

– criou figuras inéditas para o processo civil brasileiro, como um todo, e para o processo do trabalho em particular, nomeadamente a figura do dano processual (arts. 793-A a 793-D);

– mimetizou o processo civil, invertendo movimento reconhecido desde os anos 1990, em que aquele absorvia as experiências de celeridade e simplificação da forma extraídas do processo do trabalho;

– mandou aplicar para as relações assimétricas os mesmos cânones utilizados nas relações civis e comerciais não assimétricas, ou seja, estendeu o incidente de desconsideração da pessoa jurídica e o regime das despesas processuais para empregados e empregadores tal como é feito entre partes em condições de menor desigualdade;

– introduziu o sistema da sucumbência recíproca, até então dito incompatível com o processo do trabalho, que lidava com o regime de sucumbência total.

Agora se apresenta o dilema: se aplicarmos a sensibilidade de Cândido Rangel Dinamarco, teríamos motivos de sobra para rejeitar a aplicação da Lei nº 13.467/2017 aos processos em curso<sup>27</sup>.

O renomado propulsor da teoria geral do processo em nosso país, ao se manifestar sobre a autoaplicabilidade da lei processual nova, abre algumas exceções. Reitera o jurista que as leis processuais têm vocação para a eficácia imediata, mas salienta que algumas hipóteses a repelem e exigem que seus efeitos sejam diferidos, atraindo a aplicação da teoria da unidade processual. Para Dinamarco, não se aplica de imediato a lei processual nova que:

1. altera competências ou meios de prova;
2. altera a distribuição do ônus da prova;
3. “torna particularmente difícil a tutela anteriormente prometida”;
4. fixa novas condições da ação;
5. “promove redução da ampla defesa”;
6. exclui penhorabilidades.

É certo que a Lei nº 13.467 não alterou competências materiais (embora tenha ampliado a competência funcional para a homologação dos acordos extrajudiciais), não fixou condições da ação nem excluiu penhorabilidades (embora tenha desonerado alguns réus de oferecer bens à penhora para garan-

---

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-122. v. 1.

tia do juízo e, também, oficializou o uso do seguro garantia, liberando-os da penhora), mas é flagrante que tocou nos três outros assuntos indicados pelo processualista, a saber:

– refere alteração na distribuição do ônus da prova pela mudança na redação do art. 818 e parágrafos;

– cria barreiras pecuniárias para a obtenção da tutela prometida pela forma como engendrou o sistema de honorários sucumbenciais, honorários de perito e custas processuais, inclusive no caso específico da ausência em audiência, o que atinge, de maneira geral, o exercício da ampla defesa<sup>28</sup>.

A tradição recomenda que a Lei nº 13.467/2017 seja autoaplicável, produzindo efeitos imediatos, conforme acima circunstanciamos: há grande possibilidade de ela ser enquadrada na teoria do isolamento dos atos processuais para a maioria de seus dispositivos, reservando-se apenas um lugar especial para os dispositivos que alteraram o sistema recursal trabalhista, aos quais se dedica a teoria das fases processuais.

Assim ocorreu, por exemplo, com os Códigos de Processo Civil de 1973, de 2015, e com as amplas reformas vivenciadas. A ênfase do legislador processual era tamanha que até mesmo uma expressão não jurídica foi cunhada para se referir à teoria do isolamento dos fatos: “desde logo”.

Ocorre que nenhuma analogia satisfaz, nenhum exemplo é perfeito o bastante para fazer frente à voracidade da Lei nº 13.467/2017 – uma lei processual nova que introduz os elementos do processo simétrico para regular a entrega da prestação jurisdicional às relações assimétricas típicas encontradas na seara trabalhista.

Mal comparando, o dilema seria o mesmo se o legislador de 2017 houvesse simplesmente revogado o Código de Defesa do Consumidor e determinado que, doravante, o regime processual civil clássico voltasse a ser aplicado às relações de consumo, eliminando a facilitação do acesso à justiça, a teoria da aptidão para a prova e outros instrumentos processuais que tentam subverter a assimetria e reequilibrar a relação de desigualdade.

Mesmo quando se evoca a entrada em vigor do CPC – exemplo mais próximo que podemos encontrar, se pensarmos na parte processual da CLT como um pequeno CPT, ou código de processo do trabalho – permanecemos

---

28 A respeito das tensões entre a regra (autoaplicabilidade) e as exceções (projeção para efeitos futuros e não para o passado) das leis processuais novas, ver: DELFINO, Lúcio. Anotações sobre o direito intertemporal processual. *Revista Jurídica Notadez*, Porto Alegre, a. 55, n. 356, p. 77-90, jun. 2007.

com um modelo bastante imperfeito: o código pode ter passado por mudança de mais de 40 atos e mais de 5 ou 10 novidades recursais, mas ele não atingiu tão diretamente seu acervo principiológico quanto foi feito pela reforma de 2017 no campo trabalhista.

Os grandes postulados do processo civil, como o princípio dispositivo, a congruência ou adstrição à petição inicial, a fixação da legitimidade de parte com base na asserção, o respeito à forma e a concatenação dos atos não sofreram mudanças expressivas a ponto de se poder afirmar a demolição do edifício anterior e o surgimento de uma nova ciência processual civil.

Acreditamos que nem mesmo os esforços do legislador processual civil em prol da coletivização das demandas, através do microssistema do processo coletivo brasileiro, ou os esforços em torno das tutelas de urgência, que campeiam desde as grandes reformas de 1994, têm ou tiveram impacto tão fulminante no processo civil quanto a reforma de 2017 aponta para o processo do trabalho.

Daí a urgência de pensarmos se, assim como a Lei nº 13.467 parece carregar a semente da ruptura do processo do trabalho e a quebra de paradigmas seguros em seus princípios e diretrizes, também nós, que de alguma forma orbitamos em torno do mundo processual trabalhista – como juristas, julgadores, doutrinadores, partes ou procuradores –, não deveríamos partir para a ruptura das teorias de resolução dos conflitos da lei no tempo.

Em outras palavras, convém refletir se podemos usar os meios consagrados pela tradição para interpretar uma norma que não a respeitou.

Pode ser que a gente descubra que, no campo do processo do trabalho, ser tradicional é romper com os paradigmas, declarar que a reforma teve alta densidade e que somente a teoria da unidade processual seria capaz de lidar com toda sua potencialidade.

Sinceramente, acho difícil que estejamos preparados para esse mister, exercendo-o com a responsabilidade que o momento reclama.

E tampouco sabemos como a história nos julgará, quando souberem que, olhando pela janela, tomamos por um camundongo o elefante que passava.

Dilemas vorazes como este exigem do jurista toda sua sensibilidade e, se possível, seu conhecimento do direito.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no tempo. Direito Constitucional intertemporal. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, nº 3, p. 191-228, 1995.

\_\_\_\_\_. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 31, p. 143-70, jan./abr. 2005.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARNEIRO, Athos Gusmão. As novas leis de reforma da execução – algumas questões polêmicas. *Revista Dialética de Direito Processual*, 52/46.

CARNELUTTI, Francesco. Mutamento della legge in tema di prescrizione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1952 apud CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997. p. 43-44.

DELFINO, Lúcio. Anotações sobre o direito intertemporal processual. *Revista Jurídica Notadez*, Porto Alegre, a. 55, n. 356, p. 77-90, jun. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito processual intertemporal. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 6, n. 4, p. 48-75, jan./mar. 2000.

FAZZALARI, Elio. Efficacia della legge processuale nel tempo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 43, n. 4, p. 889-897.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 360 p.

GARCIA, Sebastião Carlos. Direito adquirido e eficácia da lei no tempo. *Revista dos Tribunais*, v. 924, p. 217-256, out. 2012.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro, Forense, [1974].

MALLET, Estêvão. Conflito de leis trabalhistas no tempo. *Trabalho & doutrina: processo, jurisprudência*. São Paulo, n. 17, p. 71-81, jun. 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Direito intertemporal. Comentários ao texto de Francisco Morato sobre a retroatividade das leis para fins de impugnabilidade e satisfação da sentença. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 101, n. 920, p. 31-40, jun. 2012.

MORATO, Francisco. Da retroatividade das leis em matéria de impugnabilidade de sentença, jurisdição e competência. *Revista dos Tribunais*, a. 101, v. 920, p. 27-40, jun. 2012.

NERY Jr., Nelson. *Tempus regit processum*: apontamentos sobre direito transitório processual. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

## DOCTRINA

NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal. *Revista dos Tribunais*, v. 837, p. 55-78, jul. 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 100, v. comemorativo, p. 177-192.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. As reformas no processo de execução, sob a égide do art. 1.211 do CPC: uma visão jurisprudencial sobre o direito transitório. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, n. 196, p. 419-430, jun. 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho aplicado: processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 9.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o direito intertemporal e as mais recentes alterações do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 32, n. 150, p. 262-69, ago. 2007.

# LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO E SAÚDE E SEGURANÇA: IMPROPRIEDADES DA “REFORMA TRABALHISTA”

Ipojucan Demétrius Vecchi\*

Com a chamada “reforma trabalhista” (Lei nº 13.467/2017) operaram-se inúmeras alterações em um tema central ao Direito do Trabalho: a limitação da jornada de trabalho. No presente artigo, pretende-se analisar apenas um dispositivo específico, o qual trata da limitação da jornada de trabalho (incluído nessa os intervalos mínimos), desvinculando esse tema daqueles que são atinentes às normas de saúde e segurança no trabalho.

Dessa forma, será averiguada, em especial, a disposição prevista no parágrafo único do art. 611-B da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017. Cumpre salientar, no entanto, que o resultado desta análise acaba por se refletir de forma direta na interpretação de outros dispositivos oriundos da Lei nº 13.467/2017, como, por exemplo, o art. 60, parágrafo único; o art. 611-A, XII (com a redação da MP nº 808/2017), bem como o art. 444, parágrafo único, todos inseridos na CLT pela lei da reforma.

Para isso, houve a necessidade de recuperar algumas ideias gerais sobre o “tempo” e a limitação da jornada de trabalho, suas motivações e razões, para só então avaliar os impactos que a reforma trabalhista provoca ou pretende provocar no ordenamento jurídico vigente.

## 1 – O “TEMPO” E A JORNADA DE TRABALHO

Quando em nosso cotidiano, como indivíduos imersos nas teias da sociedade hodierna, observamos o trabalho na sua forma assalariada, a propriedade na sua forma privada, a forma das relações de produção que se dão no interior das empresas e o próprio “tempo”, tudo isso “aparece” como questões muito prosaicas. As coisas são assim.

---

\* *Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo; mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; professor universitário; advogado.*

## DOCTRINA

Geralmente, sequer percebemos que estas realidades “fenomênicas” (unidimensionais) não se apresentam na sua inteireza (a totalidade: da essência e do fenômeno), bem como não nos apercebemos que todas estas “realidades” são construções sociais (formas sociais), práticas sociais que têm uma história, geralmente muito longa e esquecida (de maneira intencional ou não).

Pretendemos, de forma breve e, sem dúvidas, superficial, tendo em vista o objetivo de analisar a “limitação da jornada de trabalho” com relação ao tema de saúde e segurança no trabalho, verificar a categoria “tempo”. Será que a concepção do que seja o “tempo” é algo “natural”? Digamos assim: algo do mundo físico? Ou a nossa percepção e compreensão do “tempo” são datadas e construídas socialmente?

Para tentar esclarecer a questão, vamos nos apropriar, em especial, do pensamento de Moishe Postone<sup>1</sup>, o qual distingue duas formas (duas concepções de tempo): o “concreto” e o “abstrato”.

Postone denomina de tempo “concreto” os vários tipos de tempo que são dependentes de eventos, sendo compreendidos a partir de ciclos naturais e períodos. Assim, o tempo concreto não está associado a unidades temporais precisas e constantes. Afirmo Postone:

“Os modos associados ao tempo concreto não se baseiam em uma sucessão de unidades temporais constantes, mas sim em eventos – por exemplo, eventos naturais que se repetem, como dias, ciclos lunares ou estações do ano – ou em unidades temporais que variam. Este último modo de contagem de tempo – provavelmente desenvolvido no antigo Egito, difundiu-se em todo o mundo antigo, o Extremo Oriente e o mundo islâmico, e prevaleceu na Europa até o século XIV – usava unidades de comprimento variável para dividir dia e noite em um número de segmentos. Os seja, períodos de luz e escuridão eram divididos igualmente em doze ‘horas’ que variavam de comprimento conforme as estações do ano. Somente nos equinócios uma ‘hora diurna’ era igual a uma ‘hora noturna’. (...) Essa forma de contagem de tempo parece estar relacionada aos modos sociais fortemente dominados por ritmos de vida e trabalhos agrários, ‘naturais’, pautados nas estações do ano e nos períodos de dia e noite. (...) O fato de a unidade de tempo não ser constante, mas variar, indica que essa forma de tempo é uma variável dependente, uma função dos acontecimentos, ocorrências ou ações.”<sup>2</sup>

---

1 POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 233 e ss.

2 POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social*, op. cit., p. 234.

## DOCTRINA

Essa concepção de tempo (o tempo concreto) predominou na Europa ocidental antes do surgimento e desenvolvimento da sociedade capitalista moderna, pois com o desenvolvimento dessa nova formação passa a predominar outra concepção de tempo: o tempo “abstrato”.

Por tempo “abstrato” Postone compreende uma concepção de tempo totalmente desvinculada de eventos, naturais ou sociais, é uma variante independente, homogênea, contínua. Afirma o autor:

“Por outro lado, o ‘tempo abstrato’, termos com que me refiro ao tempo uniforme, contínuo, homogêneo, ‘vazio’, é independente dos eventos. O conceito de tempo abstrato, que se tornou cada vez mais dominante na Europa ocidental entre os séculos XIV e XVII, foi expresso de forma mais enfática na formulação de Newton de ‘tempo absoluto, verdadeiro e matemático [que] flui de modo igual, sem relação a qualquer coisa externa’. O tempo abstrato é uma variável independente, que constitui um quadro independente dentro do qual ocorrem movimentos, eventos e ações. Esse tempo é dividido em unidades iguais, constantes, e não qualitativas.”<sup>3</sup>

Essa mudança na concepção do tempo, de concreto para abstrato, no entanto, não foi devida puramente a questões tecnológicas (invenção do relógio mecânico, por exemplo), mas, sim, deve ser entendida como o produto de profundas alterações nas relações sociais que passaram a ser estabelecidas. Postone afirma:

“As origens do tempo abstrato devem ser buscadas na pré-história do capitalismo, na alta Idade Média. Elas podem estar relacionadas a um tipo de prática social determinada e estruturada, que implicou a transformação do significado social do tempo em algumas esferas da sociedade europeia no século XIV e até o final do século XVII, estava prestes a se tornar socialmente hegemônica. Mas especificamente, as origens históricas do conceito de tempo abstrato devem ser vistas à luz da constituição da realidade social com a disseminação das relações sociais baseadas na forma-mercadoria.”<sup>4</sup>

Postone demonstra, assim, que a concepção do tempo abstrato está diretamente ligada às mudanças nas relações sociais e não a questões tecnológicas, pois a própria aparição do relógio mecânico só pode ser compreendida com referência a um processo sociocultural que levou a essa invenção e que,

3 POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social*, op. cit., p. 234-235.

4 POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social*, op. cit., p. 235.

por outro lado, acabou sendo reforçada por ela. O autor lembra, inclusive, que antes do aparecimento do relógio de pêndulo (inventado por Christiaan Huygens – século XVII), a forma mais sofisticada de marcar o tempo era a clepsidra (relógio de água), altamente sofisticada, que poderia ser facilmente adaptada para a contagem de tempo linear. Lembra, ainda, o caso da China, onde entre 1088 e 1094 foi construído um relógio astronômico movido à água para o imperador chinês, altamente sofisticado, que indicava horas constantes e era usado para estudar os corpos celestes. No entanto, esta invenção não tinha qualquer grande efeito social, não era utilizada para gerir a vida cotidiana, razão pela qual não pode ser a falta de “habilidade” o motivo de não se ter inventado um mecanismo de contagem do tempo abstrato, mas, sim, a insignificância disso para a vida social<sup>5</sup>.

Dito isso, Postone vai demonstrar que a concepção de tempo abstrato está diretamente ligada ao aparecimento de um novo tipo de relações sociais que vai ganhando terreno na sociedade medieval europeia, estando ligada ao aparecimento da indústria têxtil medieval (uma forma primitiva de relação entre capital e trabalho assalariado), voltada para a troca e para o lucro. Assim, foram aparecendo nas cidades onde essa nova forma de produção se apresentou os “sinos de trabalho”, que marcavam a jornada de trabalho. Com base em Le Goff, Postone afirma<sup>6</sup>:

“O princípio organizador da indústria têxtil medieval, em outras palavras, era uma forma primitiva de relação entre capital e trabalho assalariado. Era uma forma de produção de relativa larga escala, sob controle privado para troca (isto é, visando ao lucro) baseada em trabalho assalariado e que tanto pressupunha como contribuía para a crescente monetarização de alguns setores da sociedade medieval. Implícita nessa forma de produção estava a importância da produtividade. O lucro, objetivo dos mercadores, dependia em parte da diferença entre o valor do tecido produzido e os salários que pagavam – isto é, na produtividade da força de trabalho que contratavam. Assim, a produtividade, que de acordo com Landes era uma categoria desconhecida na China (em oposição a ‘negócio’) – foi constituída, pelo menos implicitamente, como uma importante categoria social na indústria têxtil da Europa ocidental medieval.

A produtividade do trabalho dependia, evidentemente, do grau em que este podia ser disciplinado e coordenado de maneira regular. Isso, de acordo com Le Goff, se tornou uma questão cada vez mais contenciosa

---

5 POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social*, op. cit., p. 236-239.

6 POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social*, op. cit., p. 243-244.

entre os trabalhadores e os empregadores, como resultado da crise econômica do final do século XIII, que afetou fortemente a indústria têxtil. Como os trabalhadores eram pagos diariamente, o conflito se concentrou na duração e na definição da jornada de trabalho (...) Foi nesse período, segundo Le Goff, que as campainhas de trabalho, que publicamente marcavam o começo e o fim da jornada, bem como os intervalos para as refeições, difundiram-se nas cidades produtoras de tecido da Europa. As cidades produtoras de tecido em Flandres, naquela época, pareciam grandes fábricas. A cada manhã, milhares de trabalhadores enchiam suas ruas a caminho das oficinas, onde começavam e terminavam seu trabalho, ao soar do sino municipal.”

Dal Rosso<sup>7</sup>, embora com enfoque pouco diverso, também indica a gênese da noção de tempo de trabalho com o incipiente processo de assalariamento medieval. Após salientar a importância que a delimitação do tempo de trabalho tem nas formas de trabalho heterônomo (trabalho para outrem), afirma:

“Concretamente, os estudos existentes sobre a gênese da noção de tempo de trabalho nos remetem ao início do sistema de assalariamento na Europa medieval. As primeiras lutas em torno da definição de tempo de trabalho, de sua medida e da extensão da jornada remontam ao final do século XIII e início do século XIV d.C. Estes enfrentamentos ocorreram na produção e no comércio de tecidos, um setor muito importante na época. Ao se constituir como noção relevante, o conceito de tempo de trabalho passou por uma mudança radical. Sua fundamentação, que estava vinculada a um conceito de tempo religioso, passa a assumir uma conotação de tempo profano, leigo. Poder-se-ia dizer que é uma transição do conceito de tempo monacal para o conceito de tempo dos mercadores e burgueses. Assim como as torres das igrejas e dos mosteiros representavam o poder da Igreja, as torres municipais das cidades-estado representavam o poder emergente dos burgueses.”

Assim, como lembra Postone, isso não significou a imediata adoção do tempo abstrato, mas introduziu, historicamente, o movimento neste sentido, pois o próprio dia de trabalho passou a ser definido por uma forma de contagem de tempo, de temporalidade, que não estava vinculada às estações do ano e à duração do dia e noite. Então o autor afirma<sup>8</sup>:

---

7 DAL ROSSO, Sadi. *A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de Prometeu*. São Paulo: LTr, 1996. p. 97-99.

8 POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social*, op. cit., p. 244-245.

## DOCTRINA

“A luta sobre a duração da jornada de trabalho não só é, como observa Antony Giddens, ‘a expressão mais direta dos conflitos de classe na economia capitalista’, como também expressa e contribui para a constituição social do tempo com uma medida abstrata da atividade. (...) O sistema de sinos de trabalho, como vimos, desenvolveu-se dentro do contexto da produção em larga escala para troca, com base no trabalho assalariado. Marcou o surgimento histórico de uma relação social *de facto* entre o nível dos salários e a produção do trabalho medida temporalmente – que, por sua, vez, implicava a noção de produtividade, da produção do trabalho por tempo medido em unidades. Em outras palavras, com o aparecimento das primeiras formas capitalistas de relações sociais nas comunas urbanas produtoras de tecido na Europa ocidental, surgiu uma forma de tempo que era não só uma medida, mas também uma norma obrigatória para a atividade. Esse tempo é divisível em unidades constantes e dentro de uma estrutura social constituída pela forma-mercadoria, essas unidades também são socialmente significativas.”

Esse breve esboço histórico, jogando luz e retirando das profundezas do “tempo” as raízes (a origem) da concepção hodierna e dominante de “tempo” (o tempo abstrato), nos parece fundamental para entendermos o quão importante e central é a compreensão não só da questão dos “limites da jornada de trabalho”, mas, também, para conseguirmos compreender que as coisas que nos parecem tão prosaicas (como colocado no início deste tópico) são, na verdade, construções sociais que se estabelecem historicamente segundo a forma dominante de organização social.

### 2 – UMA BREVE HISTÓRIA SOBRE A FIXAÇÃO DE LIMITES À JORNADA DE TRABALHO

A determinação da duração do que seja um dia “normal” de trabalho, de uma jornada “normal” de trabalho, tem uma história muito “pitoresca”: durante séculos houve um intenso labor das autoridades, por meio de “leis” (protojurídicas), para estender a jornada de trabalho, desiderato que não foi realmente conseguido. Por outro lado, a partir do domínio formal e material do capital, a extensão da jornada de trabalho não precisou de “leis”, se deu como consequência das relações de trabalho assalariado e do uso da maquinaria a vapor, passando a luta sobre a duração do trabalho a se estabelecer em torno da limitação da jornada de trabalho.

## DOCTRINA

Essa transformação histórica é posta à luz por Marx<sup>9</sup>:

“O primeiro estatuto dos trabalhadores, decretado por Eduardo III em 1349, no ano 23 do seu reinado, encontrou seu pretexto imediato (não sua causa, pois esse tipo de legislação prosseguiu durante séculos sem esse pretexto) na Peste Negra, que dizimou a população a tal ponto que, como diz um publicista conservador, ‘a dificuldade de achar trabalhadores a preços razoáveis [a preços que deixem para os empregadores uma quantidade razoável de trabalho excedente] tornou-se realmente insuportável’. A lei se encarregou, assim, de fixar salários razoáveis e de determinar os limites da jornada de trabalho. Este último ponto é o que nos interessa aqui. A duração do trabalho é novamente regulada no estatuto de 1496, promulgado no reinado de Henrique VII. O dia de trabalho, para todos os artífices e trabalhadores agrícolas, de março a setembro, devia durar das 5 da manhã às 7 ou 8 da noite, o que nunca se pôs em prática, e o tempo das refeições era de 1 hora para o primeiro almoço, 1 hora e 1/2 para o almoço e 1/2 hora para a merenda, o dobro, portanto, do prescrito pela lei fabril atualmente em vigor. No inverno, devia-se trabalhar das 5 da manhã até o escurecer, com as mesmas interrupções. Um estatuto da rainha Elizabeth, de 1562, para todos os trabalhadores ajustados por salário diário ou semanal, não altera a duração do dia de trabalho, mas procura reduzir os intervalos a 2 horas e 1/2 no verão e 2 no inverno. O almoço só deve durar 1 hora, e a sesta, 1/2 hora, sendo esta permitida apenas entre meados de maio e meados de agosto. Para cada hora de falta ao trabalho, deduz-se 1 pênny do salário. As condições na prática, entretanto, eram mais favoráveis ao trabalhador do que no texto dos estatutos.

(...)

Durante a maior parte do século XVIII, isto é, até a época da grande indústria, não conseguiu o capital na Inglaterra, com o pagamento do valor semanal da força de trabalho, apoderar-se de toda a semana do trabalhador. Eram exceção os trabalhadores agrícolas. Os demais, podendo viver a semana inteira com o salário de 4 dias, não encontravam nessa circunstância razão suficiente para trabalhar os outros 2 dias para o capitalista. Uma parte dos economistas ingleses a serviço do capital protestava furiosamente contra essa obstinação, e outra parte defendia os trabalhadores.”

---

9 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 314-316. v. 1.

Com efeito, aquilo que foi desejado por séculos e estampado nas “leis” do período que vai desde o artesanato (na transição do feudalismo para o capitalismo) até a manufatura, mas não alcançado, ou seja, estender a jornada de trabalho, tornou-se uma realidade brutal tão logo o sistema fabril do capital se estabeleceu na pátria da Revolução Industrial. Com a subsunção formal e material do trabalho ao capital, a busca alucinada por excedentes e lucro levou ao elastecimento da jornada de trabalho a patamares antes impensados, lançando homens, mulheres e crianças no redemoinho dantesco das fábricas e oficinas dotadas de maquinaria movida a vapor.

Ao analisar a situação dos trabalhadores nas primeiras fábricas capitalistas servidas por máquinas, Huberman<sup>10</sup> faz uma radiografia cinza desse período:

“Mas com a chegada das máquinas e do sistema fabril, a linha divisória se tornou mais acentuada ainda. Os ricos ficaram mais ricos e os pobres, desligados dos meios de produção, mais pobres (...) As máquinas, que podiam ter tornado mais leve o trabalho, na realidade o fizeram pior. Eram tão eficientes que tinham de fazer sua mágica durante o maior tempo possível. Para seus donos, representavam tamanho capital que não podiam parar – tinham de trabalhar, trabalhar sempre (...) Por isso os dias de trabalho eram longos, de 16 horas. Quando conquistaram o direito de trabalhar em dois turnos de 12 horas, os trabalhadores consideraram tal modificação uma bênção (...) A dificuldade maior foi adaptar-se à disciplina da fábrica. Começar numa hora determinada, parar, noutra, começar novamente, manter o ritmo dos movimentos da máquina – sempre sob as ordens e a supervisão rigorosa de um capataz – isso era novo. E difícil (...) Os capitalistas achavam que podiam fazer como bem entendessem com as coisas que lhes pertenciam. Não distinguiam entre suas ‘mãos’ e as máquinas. Não era bem assim – como as máquinas representavam um investimento, e os homens não, preocupavam-se mais com o bem-estar das primeiras. Pagavam os menores salários possíveis. Buscavam o máximo da força de trabalho pelo mínimo necessário para pagá-las.”

No mesmo sentido, Ashton<sup>11</sup> mostra a extensão desmesurada da jornada de trabalho nas fábricas providas de maquinário a vapor, chamando a atenção ainda para o papel que teve a descoberta da possibilidade do uso do gás de carvão para iluminação, o que tornou as jornadas ainda mais longas. Afirma o autor:

---

10 HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2010. p. 143.

11 ASHTON, T. S. *A revolução industrial*. 6. ed. Lisboa: Europa-América, s/d. p. 148-149. Sobre a mesma temática, cabe também lembrar a contribuição de RIOUX, Jean Pierre. *A revolução industrial: 1780-1880*. São Paulo: Pioneira, 1975. p. 145 e 148.

## DOCTRINA

“Como o capital empatado em construções e máquinas aumentou, era de todo o interesse para os seus proprietários que não permanecesse parado, sem necessidade. Na maior parte das ocupações, o horário ia desde o nascer ao pôr do Sol, com curtas paragens para o almoço e o jantar. A pontualidade no abrir e no encerrar do trabalho era a primeira virtude industrial e o relógio, que tinha um lugar de evidência na fronteira da fábrica, era simultaneamente um auxiliar para a pontualidade e uma testemunha para a falta. (Conta-se uma história, indiscutivelmente verídica, na qual o duque de Bridgewater censurava os seus homens por terem voltado tarde depois do almoço; estes desculparam-se dizendo que não tinham ouvido a badalada da 1h, pelo que o duque modificou o relógio, fazendo-o bater treze badaladas.) Na fábrica da Etrúria, desde o dia da Anunciação de Nossa Senhora (25 de março) até o dia de S. Miguel (30 de setembro), a sineta tocava às 5h45min e o trabalho começava às 6h; durante o resto do ano, tocava um quarto de hora antes do nascer do Sol e o trabalho continuava até não haver luz. Mas, em 1792, William Murdoch demonstrou a possibilidade de se utilizar o gás de carvão como iluminante, e, desde o princípio do século XIX, muitas fábricas e oficinas trabalhavam até muito pela noite adentro. É impossível dizer se o trabalho durava mais ou menos tempo do que no artesanato doméstico. Mas não pode ter sido mais prolongado do que o horário de trabalho dos fabricantes de pregos, que, em 1812 (segundo Thomas Allwood), trabalhavam desde às 4h até às 22h.”

Muito embora com o acúmulo e expansão do capital houvesse a necessidade de novas contratações, devido ao crescimento da classe trabalhadora disponível (dos que necessitam vender sua força de trabalho no mercado), o número de empregados ia caindo relativamente conforme o aumento do capital investido em maquinaria. Foi-se criando uma imensa massa de desempregados, um verdadeiro *exército de reserva do capital*, o qual era mobilizado de acordo com as necessidades deste, servindo ainda como elemento de pressão aos trabalhadores empregados para manter baixos os níveis salariais<sup>12</sup>. Tal situação representava para os trabalhadores, de um lado, o desemprego e a carestia absoluta; do outro, quando empregados dentro da fábrica, os trabalhadores eram comandados por uma rígida disciplina de produção, com condições de trabalho deploráveis, com jornadas de trabalho extenuantes e com salários ínfimos<sup>13</sup>.

12 Ver MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. p. 732-733.

13 HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. p. 143.

Cabe lembrar, como afirma Coggiola, que o movimento operário deu seus primeiros sinais de nascimento ainda no primeiro quarto do século XVIII (tanto na França como na Inglaterra), havendo toda uma série de lutas por direitos iguais e melhores condições de trabalho. Estas lutas se estendem por todo o século XVIII e adentraram com força no século XIX. No entanto, com a Revolução Industrial estas lutas ganham intensidade. Afirma o autor:<sup>14</sup>

“Em finais do século XVIII, as primeiras formas de solidariedade operária vincularam-se à experiência fabril imediata, em especial ao trabalho dos religiosos na primeira e terrível fase da Revolução Industrial. Os metodistas fundaram nas paróquias industriais as ‘escolas dominicais evangélicas’, onde se buscavam ‘serviçais fiéis e bons trabalhadores’. Nelas, a recriação consistia em rachar lenha, cavar o solo, e aprender hinos religiosos cujas letras falavam sempre da presença de Deus como o mais vigilante dos contramestres. Como aos ingleses pobres muito pouco restasse da antiga vida em comunidade, a Igreja oferecia uma oportunidade de convivência, de ajuda mútua e de consolo. Os cultos religiosos levavam, muitas vezes, à histeria, com gritos, desmaios, exorcismos. Apesar desse terrorismo religioso, o metodismo serviu de base para o surgimento de um movimento de solidariedade entre os trabalhadores, na sua luta por melhores salários durante o século XIX. Só com o Factory Act é que se começou timidamente, e no meio de grande oposição dos empregadores, a alargar a regulamentação do trabalho infantil: na sequência das propostas de Robert Peel, a idade mínima de admissão passava teoricamente a ser de 9 anos, a jornada de trabalho não podia exceder as nove horas para as crianças e adolescentes entre os 9 e os 16 anos, com meia hora de intervalo para uma refeição... De qualquer modo, a lei só era aplicável ao setor algodoeiro (*cotton mills*). Entre 1802 e 1833, o Parlamento inglês promulgou cinco leis sobre o trabalho fabril, que não passaram de letra morta.

---

14 COGGIOLA, Osvaldo. O movimento operário nos tempos do manifesto comunista. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/cehal/downloads/textos/ATT00599.pdf>>, p. 1, 6-7. Sobre a chamada “Lei de Peel”, referida por Coggiola, cabe lembrar Ashton, que afirma: “Foi Peel quem, estimulado por um médico de Manchester, acentuou no parlamento a necessidade de se estabelecer uma regulamentação para as fábricas. A sua proposta de lei de 1802 – lei da saúde e moral dos aprendizes – limitava as horas de trabalho e prescrevia os padrões mínimos de higiene e de educação. Verdade seja que só foi aprovada quando o pior tinha passado, e nem essa lei nem uma segunda lei de Peel, de 1819 (aplicável a crianças pobres ou ‘livres’), foram muito longe. Mas estavam, pelo menos, lançadas as bases para um código do trabalho, que é um dos aspectos fundamentais da moderna sociedade industrial” (ASHTON, T. S. *A revolução industrial*. p. 141).

## DOCTRINA

De um modo geral, a Revolução Industrial acarretou uma queda, por vezes abrupta, dos padrões de consumo do setor mais pobre da população. Em algum momento após o começo da Revolução Industrial, os padrões de vida deixaram de melhorar e declinaram. No meio da década de 1790, o período da Speenhamland e da carência marcou um ponto crítico. O meio da década de 1840 certamente marcou outro. A opinião clássica foi expressa nas palavras de Sidney Webb: ‘Se os cartistas em 1837 tivessem pedido uma comparação do seu tempo com 1787, e tivessem obtido um relato justo da verdadeira vida social do trabalhador nos dois períodos, é quase certo que teriam registrado um declínio positivo do padrão de vida de grandes classes da população’. O protesto social, e o movimento operário que dele emergiu, tiveram essa deterioração geral por base.”

Diante desse quadro de penúria, com baixos salários (sorratamente vilipendiados por práticas como o *truck sistem* e pelas multas aplicadas pelos empregadores), com extensíssimas jornadas de trabalho, com péssimas condições de saúde e segurança, com o trabalho de crianças em tenra idade e mulheres trabalhando até parir, é que os movimentos sociais de trabalhadores ganharam força, tomando consciência de sua situação, e passaram a lutar unidos para estabelecer limites à sede incontrolável do capital. Com efeito, a concentração necessária de trabalhadores nas fábricas e oficinas tinha criado, como efeito “colateral” para o capital, a solidariedade de classe entre os trabalhadores, e daí o aparecimento das seitas, associações e sindicatos operários, bem como o uso da sabotagem, dos protestos e das greves como instrumentos de pressão.

Juntamente com a questão salarial e com a melhoria das condições de saúde e segurança no trabalho, a limitação da jornada de trabalho sempre foi um dos pontos nevrálgicos das reivindicações obreiras. E as pequenas conquistas que começaram a ocorrer se deram, em especial, em razão da luta coletiva dos trabalhadores.

Afirma Marx<sup>15</sup>:

“A história da regulamentação da jornada de trabalho em alguns ramos de produção e a luta que ainda prossegue em outros para se obter essa regulamentação demonstram palpavelmente que o trabalhador isolado, o trabalhador como vendedor ‘livre’ de sua força de trabalho, sucumbe sem qualquer resistência a certo nível de desenvolvimento da produção capitalista. A instituição de uma jornada normal de trabalho

---

15 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I. p. 342-343. v. 1.

## DOCTRINA

é, por isso, o resultado de uma guerra civil de longa duração, mais ou menos oculta, entre a classe capitalista e a classe trabalhadora. Começando essa luta no domínio da indústria moderna, travou-se primeiro na terra natal dessa indústria, a Inglaterra. Os trabalhadores fabris ingleses foram não só os campeões de seus camaradas nacionais, mas de toda a classe trabalhadora moderna, do mesmo modo que seus teóricos foram os primeiros a desafiar a teoria do capital.”

A limitação da jornada de trabalho, portanto, foi o resultado da luta entre a voracidade do capital por mais tempo de trabalho e a reação dos trabalhadores com o objetivo de estabelecer um dia “normal” de trabalho. Nessa verdadeira luta de classes, o Estado se viu obrigado a mediar os interesses para, ao mesmo tempo em que impedia a dilaceração e o extermínio físico e moral de grande massa de trabalhadores, legitimar a continuidade da exploração da força de trabalho dentro de limites legais. Impedindo o ímpeto do capitalista individual, movido pelas forças invisíveis, mas reais do mercado, de abocanhar mais tempo, o Estado acabava protegendo, minimamente, a vida e saúde dos trabalhadores, como também os interesses dos capitalistas como classe (“as personificações do capital”).

Em 7 de junho de 1844 foi aprovada uma nova lei fabril na Inglaterra que, além de regular o trabalho de crianças e adolescentes (como leis anteriores já tinham feito), pela primeira vez regulou o limite de trabalho diário para trabalhadores adultos alcançando, no entanto, apenas as mulheres e fixando a sua jornada em 12 horas diárias. Esse limite foi reduzido, logo em seguida, pela lei fabril de 1847, de 1º de junho de 1847, para 10h. Essa lei teve extrema importância histórica. Sobre o assunto, novamente o escrutínio histórico da legislação inglesa por Marx<sup>16</sup> nos auxilia:

“Assim nasceu a lei fabril adicional de 7 de junho de 1844. Entrou em vigor no mesmo ano. Colocou sob a proteção da lei uma nova categoria de trabalhadores: as mulheres maiores de 18 anos. Pela primeira vez, foi a legislação levada a controlar o trabalho de pessoas adultas, direta e oficialmente.

(...)

A nova lei fabril de 8 de junho de 1847 estabelecia que, a 1º de julho de 1847, o dia de trabalho dos adolescentes de 13 a 18 anos e de todas as mulheres seria, preliminarmente, reduzido a 11 horas e, a partir

---

16 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. p. 324 e 326.

## DOCTRINA

de 1º de maio de 1848, a 10 horas, definitivamente. Quanto ao mais, apenas emendava e completava as leis de 1833 e 1844.”

Como lembra Sússekind<sup>17</sup>, essa lei de 1847 foi decisiva na regulamentação da jornada de trabalho, servindo como modelo para a quebra do “tabu do não intervencionismo” do Estado nas relações de trabalho. Afirma o autor:

“Em 1847, coroando uma campanha que levou ao Parlamento inglês uma petição pesando 300 quilos e contendo dois milhões de assinaturas, na qual as *trade unions* reivindicavam a lei das oito horas de trabalho, foi aprovada a primeira lei limitado da jornada de trabalho, afinal fixada em dez horas (...) E, já em 1848, a França sancionou lei limitando a jornada de trabalho em dez horas, na cidade de Paris, e em onze horas, nas províncias. Estava quebrado o tabu do não intervencionismo do Estado nas relações de trabalho.”

Dal Rosso<sup>18</sup>, por sua vez, afirma:

“A transformação das condições de trabalho na Inglaterra produz efeitos em outros países. A luta conduzida pelo movimento operário britânico obtém resultados dentro do país e fora dele. Marx cita os efeitos que a ação pioneira do proletariado inglês tem sobre a França, bem como sobre os Estados Unidos da América do Norte. Neste último país, o Congresso Geral dos Trabalhadores, reunido em Baltimore, em 16 de agosto de 1866, dá partida para a grande reivindicação trabalhista da jornada àquela época: ‘o dia de trabalho normal deve ser de oito horas’. Nem Inglaterra, nem Estados Unidos. As oito horas são implantadas, pela primeira vez, como jornada normal de trabalho, em 21 de abril de 1856 na Austrália, após uma conferência entre empregadores e empregados. Para este país haviam migrado muitos trabalhadores ingleses, entre eles *chartistas* convictos. Só em 1868 o Congresso norte-americano votou a jornada diária de oito horas para todos os trabalhadores do serviço público federal. Imperscrutável custo de uma luta internacional!”

Assim, na sequência histórica da luta pela limitação da jornada de trabalho, como já referido de passagem, cabe lembrar que nos EUA, em de agosto de 1866, o Congresso Geral dos Trabalhadores de Baltimore postulava a limitação da jornada em 8 horas diárias e, em setembro de 1866, o Congresso Interna-

17 SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 84.

18 DAL ROSSO, Sadi. *A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de Prometeu*. p. 86-87.

cional dos Trabalhadores em Genebra também tinha o mesmo desiderato<sup>19</sup>. A luta pela limitação da jornada era cada vez mais internacional.

Fato que marcou a história mundial com respeito à luta pela limitação da jornada de trabalho em 8 horas diárias ocorreu em Chicago, nos EUA, em 1º de maio de 1886. Houve uma grande greve na cidade, que era um dos principais centros industriais dos EUA. Milhares de trabalhadores saíram às ruas para exigir melhores condições de trabalho e redução da jornada de trabalho para 8 horas diárias (jornadas de até 17 horas diárias não eram incomuns, combinadas a baixíssimos salários).

A principal reivindicação estava estampada nos cartazes e proclamava: “A partir de hoje, nenhum operário deve trabalhar mais de 8 horas por dia: 8 horas de trabalho, 8 horas de repouso e 8 horas de educação”. A repressão policial foi intensa. No terceiro dia da greve seis trabalhadores foram mortos. No quinto dia da greve, ao final de um comício, mais de cem trabalhadores foram mortos pela polícia, mais de mil foram presos, e os líderes foram presos e condenados: cinco à pena de morte (quatro foram executados e um suicidou-se), dois à prisão perpétua e um a 15 anos de prisão. Alguns anos depois, diante da farsa que foi o julgamento, o mesmo foi anulado, e os que estavam presos foram postos em liberdade. Em 1889, em um congresso da Internacional Socialista em Paris, o dia 1º de maio foi proclamado como o “Dia do Trabalho”, não sendo comemorado como tal nos EUA<sup>20</sup>.

Cabe mencionar ainda, como registro histórico da luta pela jornada de trabalho de 8 horas, a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Sobre o assunto, aduz Sússekind:

“A 25 de janeiro de 1919 instalou-se a Conferência de Paz, no Palácio de Versailles, situado nas cercanias de Paris. No mesmo dia, acolhendo proposta de Lloyd George, da Inglaterra, a Conferência aprovou a designação de uma ‘Comissão de Legislação Internacional do Trabalho’, destinada ao estudo preliminar de ‘regulamentação internacional do trabalho’ (...) Após trinta e cinco sessões, a Comissão concluiu, em 24 de março, o projeto que, com pequenas alterações, foi aprovado pela Conferência e passou a constituir a Parte XIII do Tratado de Versailles.”

Estava criada a OIT, vinculada à Sociedade das Nações e, posteriormente, a partir de 1946, integrante da ONU (Organização das Nações Unidas). No tocante à limitação da jornada de trabalho, e para perceber a importância central

19 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. p. 344-345.

20 Ver: GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. p. 37.

do tema para as relações de trabalho, cumpre chamar a atenção para o fato de que a primeira Convenção Internacional aprovada, a Convenção Internacional nº 1/1919, foi justamente sobre limitação de jornada de trabalho, prevendo que a duração do trabalho nos estabelecimentos industriais não poderia exceder, salvo exceções, oito horas diárias e 48 horas semanais (art. 2º). Posteriormente, essa jornada foi estendida aos trabalhadores do comércio e de escritórios (Convenção Internacional nº 30/1930), sendo que pela Convenção Internacional nº 47 de 1935 houve o estabelecimento da semana de 40 horas de trabalho.

Após esse breve apanhado histórico, cabe prestar atenção, mesmo que de forma sumária, à luta pela limitação da jornada de trabalho no Brasil.

### *2.1 – A limitação da jornada de trabalho no Brasil*

A instituição de normas jurídicas protetivas do trabalho no Brasil, dando-se foco especial às que disciplinam a limitação da jornada de trabalho, também foi produto histórico de lutas sociais internas e da pressão internacional, o que afasta o mito de que a legislação do trabalho foi obra e graça da atuação estatal espontânea<sup>21</sup>.

Já ao final do século XIX, muito embora as condições socioeconômicas e políticas não fossem nada favoráveis ao aparecimento e desenvolvimento de entidades de defesa dos trabalhadores, existem registros de várias entidades desse viés no Brasil, como, por exemplo, a Liga Operária (1870) e a União Operária (1880). A Liga Operária, fundada no Rio de Janeiro, tinha nítido caráter reivindicatório, tendo, entre suas bandeiras, o aumento de salários e a diminuição das horas de trabalho<sup>22</sup>.

Com a abolição da escravatura em 1888 e a proclamação da república em 1889, deram-se alguns pressupostos políticos e sociais para o desenvolvimento e afirmação da prestação de serviços numa ótica contratual, acentuando-se a partir daí o aparecimento de um proletariado em expansão. A base econômica para tais mudanças já estava dada e se ampliava. Assim, foi surgindo a regulamentação estatal sobre questões ligadas ao trabalho. No entanto, não se deve esquecer que o Estado brasileiro, na época, pode ser classificado como de tipo “liberal clássico”, pautado pela não intervenção nas relações econômico-sociais,

---

21 Sobre essa temática, ver IANNI, Octavio. *Industrialização e desenvolvimento social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963. p. 74-76; GENRO, Tarso. *Curso de direito individual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1994. p. 31; MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 20.

22 Ver sobre o assunto: BATALHA, Cláudio H. M. *Sociedades de trabalhadores no Rio de Janeiro do século XIX*: algumas reflexões em torno da formação da classe operária. p. 55. Disponível em: <[http://www.ifch.unicamp.br/ael/website-ael\\_publicacoes/cad-10/Artigo-2-p41.pdf](http://www.ifch.unicamp.br/ael/website-ael_publicacoes/cad-10/Artigo-2-p41.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2012.

evidentemente, quando esta intervenção pudesse afetar os interesses das classes dominantes. Dessa forma, a *questão social* não era posta na ordem do dia, e as iniciativas legislativas geralmente a tangenciavam<sup>23</sup>.

Embora tudo isso, de cunho nitidamente “trabalhista” como se entende hoje, uma das primeiras manifestações legislativas no Brasil foi o Decreto nº 1.313, de 17.01.1891. Embora restrito à Capital Federal da época e ao trabalho dos menores, é interessante transcrever parte de seu conteúdo ligado à temática aqui tratada:

“Estabelece providencias para regularisar o trabalho dos menores empregados nas fabricas da Capital Federal.

O Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, attendendo à conveniencia e necessidade de regularisar o trabalho e as condições dos menores empregados em avultado numero de fabricas existentes na Capital Federal, a fim de impedir que, com prejuizo proprio e da prosperidade futura da patria, sejam sacrificadas milhares de crianças, Decreta:

(...)

Art. 2º. Não serão admittidas ao trabalho effectivo nas fabricas crianças de um e outro sexo menores de 12 annos, salvo, a titulo de aprendizado, nas fabricas de tecidos as que se acharem comprehendidas entre aquella idade e a de oito annos completos.

(...)

Art. 4º. Os menores do sexo feminino de 12 a 15 annos e os do sexo masculino de 12 a 14 só poderão trabalhar no maximo sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho continuo, e os do sexo masculino de 14 a 15 annos até nove horas, nas mesmas condições. Dos admittidos ao aprendizado nas fabricas de tecidos só poderão occupar-se durante tres horas os de 8 a 10 annos de idade, e durante quatro horas os de 10 a 12 annos, devendo para ambas as classes ser o tempo de trabalho interrompido por meia hora no primeiro caso e por uma hora no segundo.

Art. 5º. E’ prohibido qualquer trabalho, comprehendido o da limpeza das officinas, aos domingos e dias de festa nacional, bem assim das

---

23 Ver: CARVALHO, Augusto César Leite de Carvalho. *Direito individual do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 23-24; RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de direito individual do trabalho*. p. 39.

## DOCTRINA

6 horas da tarde às 6 da manhã, em qualquer dia, aos menores de ambos os sexos até 15 annos.

Art. 6º. As officinas destinadas ao trabalho serão sufficientemente espaçosas e sua cubagem tal que cada operario tenha, pelo menos, 20 metros cubicos de ar respiravel.

Art. 7º. A ventilação das officinas será franca e completa, a juizo do inspector, o qual poderá obrigar o dono da fabrica, quando for preciso, a empregar qualquer dos differentes processos de ventilação artificial, de modo que nunca haja risco de confinamento e impurificação do meio respiratorio.

Art. 8º. O solo das officinas será perfeitamente secco e impermeavel, os detritos inconvenientes promptamente removidos e as aguas servidas esgotadas.

Art. 9º. O inspector geral aconselhará, conforme a qualidade da fabrica, as demais condições que convenha observar no interesse da hygiene.”<sup>24</sup>

Como se pode notar, no referido Decreto, além do limite de idade, são diretamente tratadas matérias atinentes à saúde e segurança e aos limites de jornada de trabalho, com jornadas máximas de trabalho e previsão de intervalos. No entanto, tal qual ocorreu nos países mais desenvolvidos, tal legislação estava restrita aos trabalhadores menores, não alcançando adultos.

Em estudo realizado pelo DIEESE<sup>25</sup>, há uma síntese da regulamentação da jornada de trabalho no Brasil. Consta no referido estudo:

“O período entre 1900 e 1930 também é marcado por intensa discussão na Câmara dos Deputados. Com a pressão dos movimentos de trabalhadores, diversos projetos de redução da jornada de trabalho foram elaborados, mas nenhum deles foi aprovado. Em 1917, porém, o estado da Bahia foi o primeiro a aprovar a redução da jornada de trabalho para 8 horas diárias.

(...)

Em 1932, o Decreto nº 21.364 regulamentou o horário diurno nas fábricas, determinando a jornada em 8 horas diárias ou 48 semanais; o

---

24 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 out. 2012.

25 DIEESE. Nota técnica – redução da jornada de trabalho no Brasil. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2006/notatec16ReducaoDaJornada.pdf>>.

## DOCTRINA

trabalho poderia, porém, ser realizado em até 10 horas por dia ou 60 por semana; e, excepcionalmente, a duração do trabalho poderia ser elevada para até 12 horas por dia. Em 1934, a Constituição limitou a jornada a 8 horas diárias ou 48 semanais, mantendo a possibilidade de estendê-la através de horas extraordinárias, deixando ao livre arbítrio dos empresários a sua determinação. Assim, a prática de elevar a jornada de trabalho através de horas extraordinárias torna-se uma norma comum aos diversos segmentos econômicos. Em 1943, a CLT limitou a hora extra a duas horas diárias e definiu seu adicional em 20%, bem como criou a lei de férias. Em 1949, foi criado o descanso semanal remunerado de 24 horas consecutivas, sendo necessário trabalhar toda a semana anterior, cumprindo integralmente o horário de trabalho para o seu recebimento, incentivando assim o trabalhador assíduo e punindo o faltoso.”

Cumprir precisar, no entanto, que já em 22 de março de 1932 foi editado o Decreto nº 21.186, que regulou a duração normal do trabalho nos estabelecimentos comerciais e escritórios, fixando-a em 8 horas diárias e 48 horas semanais. Em sequência é que foi editado o Decreto nº 21.364, de 4 de maio de 1932, o qual regulou o horário de trabalho nos estabelecimentos industriais, também limitando a duração do trabalho em 8 horas diárias e 48 horas semanais.

Posteriormente, em nível infraconstitucional, a matéria foi amplamente tratada na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º maio de 1943), que regulamentou tal questão para todos os trabalhadores urbanos, ficando de fora os trabalhadores rurais, que só tiveram uma regulação trabalhista com a Lei nº 4.124/63.

Em nível constitucional, cumpre salientar que já na Constituição da República de 1934 (art. 121, § 1º, letra *c*) está prevista a limitação da jornada de trabalho (8 horas diárias e 48 horas semanais), o que se repete na Constituição de 1937 (art. 137, *i*), na Constituição de 1946 (art. 157, V), na Constituição de 1967 (art. 158, VI) e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 165, VI). Cumpre salientar, no entanto, que em todas as referidas constituições, os direitos ligados aos trabalhadores não foram tratados como direitos fundamentais, o que se altera na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, e isso é da maior relevância (teórica e prática), é na Constituição Federal de 1988 que pela primeira vez na história constitucional brasileira os direitos ligados ao trabalho aparecem, formal e materialmente, no texto constitucional como direitos fundamentais e no mesmo patamar que os demais direitos tradicionalmente reconhecidos como fundamentais.

No tocante, em especial, à limitação da jornada de trabalho, o art. 7º da CF/88 prevê, em seu inciso XIII, os limites da jornada para os trabalhadores em geral e em seu inciso XIV a jornada para os turnos ininterruptos de revezamento. Além disso, o inciso XXII do mesmo artigo prevê, ainda, como direito fundamental dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Cumpra salientar que esse breve apanhado histórico não deve ser visto como um exercício de diletantismo. A pergunta que cabe fazer diante do quadro histórico, no presente momento é: tais situações de longas jornadas de trabalho ou mesmo de jornadas mais curtas, mas de alta intensidade<sup>26</sup>; de moderadas ou péssimas condições de trabalho; de baixos salários ou tendentes à baixa; de adoecimento e morte pelo trabalho; tais situações são coisas do passado ou do presente? Podem se acentuar no futuro? Se as respostas a tais perguntas são sim, o que as estatísticas sobre condições de trabalho e desemprego têm demonstrado ser a resposta adequada, não é despidendo recordar as razões históricas, pois elas se mostram como contemporâneas.

Cabe agora analisar a natureza jurídica das normas que tratam sobre a limitação da jornada de trabalho para, na sequência, investigar sua ligação com questões de saúde e segurança, e, posteriormente, avaliar as alterações legislativas propostas pela “reforma trabalhista”.

### 3 – IDEIAS GERAIS: NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS QUE TRATAM SOBRE A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Juntamente com a questão salarial, a limitação da jornada de trabalho sempre foi um dos pontos nevrálgicos do direito do trabalho, tanto de sua eclosão como de seu desenvolvimento. Aliás, a limitação da jornada de trabalho tem implicações com outros temas caros ao direito do trabalho, tais como: a taxa salarial, a higidez física e mental dos trabalhadores, bem como com o “tempo livre”.

Com efeito, a taxa salarial está vinculada, de forma direta ou indireta, ao tempo em que o trabalhador precisa colocar a sua força de trabalho à disposição do capital; assim, a questão tem importância fundamental tanto no que toca

---

26 Um dos estratagemas centrais adotados pelos tomadores de trabalho quando da redução das jornadas é o aumento da intensidade do trabalho, muitas vezes combinadas com o aumento da produtividade do trabalho, compensando ou até incrementando a tomada de trabalho. Sobre isso ver: DAL ROSSO, Sadi. *A jornada de trabalho na sociedade*. p. 163 e ss.

à fixação do valor salarial, como também do tempo em que o empregado se encontra mais diretamente sujeito às ordens do seu empregador.

A limitação do tempo de trabalho e os intervalos têm, ainda, implicações diretas com a higidez física e mental dos trabalhadores, aspectos que do ponto de vista do direito desembocam nos direitos humanos fundamentais à saúde (art. 6º da CF/88) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, da CF/88).

Além disso, a limitação do tempo de trabalho também tem reflexo sobre o uso do tempo livre por parte dos trabalhadores. Isso deve ser visto em sintonia com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), envolvendo o lazer (art. 6º, *caput*, e § 3º do art. 217, ambos da CF/88). O tempo livre é indispensável para a possibilidade de um desenvolvimento humano integral (educação, cultura, convívio familiar, entre outros).

É nesse sentido, portanto, que se devem interpretar as manifestações da doutrina quando afirma que existem fatores de várias ordens que justificam a limitação da jornada de trabalho. Segundo Alves e Malta<sup>27</sup>, existem fatores de ordem biológica, social e econômica para que se regulamente a jornada de trabalho: a) o fator de ordem biológica tem em vista a tentativa de preservar a saúde do trabalhador que pode se esvaír em virtude do *stress* provocado por longas jornadas; b) o fator de ordem social tem em vista o fato de que o Estado tem o dever de preservar e possibilitar o desenvolvimento integral da pessoa humana, bem como favorecer a sua convivência familiar e com as outras pessoas em sociedade; c) o fator de ordem econômica, segundo os autores, tem em vista que a limitação da jornada de trabalho impele a abertura de mais postos de trabalho e possibilita a diminuição do desemprego. No tocante ao fator de ordem econômica, devemos acrescentar, ainda, que a limitação da jornada de trabalho pode representar, também, aumento de produtividade, pois, ao longo do tempo, a exposição contínua à fadiga pode acarretar decréscimos da capacidade produtiva do empregado.

Não é à toa, portanto, que documentos normativos constitucionais e internacionais reconhecem aos textos normativos que tratam do limite à jornada de trabalho o caráter de normas de “direitos humanos fundamentais”.

A limitação da jornada de trabalho está prevista como direito humano universal já na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da ONU.

---

27 ALVES, Ivan Dias Rodrigues; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Teoria e prática do direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 99.

## DOCTRINA

Com efeito, o art. 24 da Declaração tem a seguinte redação: “Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”. Por seu turno, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ratificado pelo Brasil) prescreve em seu artigo 7, letra *d*:

“ARTIGO. 7º

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

(...)

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.”

Seguindo nessa linha, por força inclusive de seus princípios fundamentais (art. 1º, III e IV, bem como art. 4º, II, todos da CF/88), a CF brasileira de 1988, em seu art. 7º, incisos IX, XIII, XIV, XV, XVI e XXXIII, trata de questões diretamente ligadas à limitação da jornada de trabalho e períodos de repouso, prevendo entre outros direitos, em especial, o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

Compreender a previsão do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho é central para que se possa alcançar um nível hermenêutico constitucionalmente adequado sobre o seu papel e as possíveis limitações/restrições ao mesmo. Não é a jornada que é um direito fundamental, mas, sim, a sua limitação, razão pela qual esses limites não podem ser transbordados além do que permite o sistema constitucional.

Assim, tendo em conta todos esses dados, cabe avaliar, o que é de importância central, se os textos normativos que tratam da regulação/limitação da jornada de trabalho têm ou não o caráter de normas de ordem pública e de interesse social. A importância disso é que, se tais normas tiverem o respectivo caráter, não podem ser afastadas pela autonomia privada das partes (seja a autonomia individual ou coletiva), figurando como limites intransponíveis<sup>28</sup>.

---

28 Aliás, embora radicalmente crítico em relação ao direito como uma das “formas” necessárias do sistema do capital, Marx já salientava o papel necessário da lei para a proteção dos trabalhadores das jornadas de trabalho intermináveis e apontava o caráter de ordem pública: “Para proteger-se contra a ‘serpe de seus tormentos’, têm os trabalhadores de se unir e, como classe, compeli-la a que se promulgue uma lei que seja uma barreira social intransponível, capaz de impedi-los definitivamente de venderem a si mesmos e à sua descendência ao capital, mediante livre acordo que os condena à morte e à escravatura” (MARX, Karl. *O capital* – crítica da econômica política. Livro I. v. 1, p. 346).

## DOCTRINA

Nascimento<sup>29</sup> entende que as normas sobre duração da jornada são irrenunciáveis, mas transacionáveis no campo expressamente indicado pela lei e pelo que resulte do disposto no art. 444 da CLT. Em sentido semelhante está a posição de Delgado<sup>30</sup>, que também afirma o caráter imperativo das normas referentes à duração da jornada de trabalho, não podendo, assim, haver renúncia de tais normas por parte dos empregados e sendo estabelecidos limites à transação sobre tais normais.

Partindo da afirmação de que a limitação da jornada de trabalho é um direito fundamental dos trabalhadores, evidencia-se que se entende que a normativa que trata do assunto tem nítido caráter de ordem pública e interesse social. Aliás, o que pode ser mais de ordem pública num Estado democrático de direito, fundado na dignidade humana, do que os direitos fundamentais?

Entende-se, portanto, que as normas que estabelecem as jornadas máximas, ou seja, as que preveem a limitação da jornada de trabalho, têm caráter imperativo, de ordem pública e interesse social.

Quando estas normas tiverem o *status* constitucional (ou fizerem parte das normas internacionais ratificadas pelo Brasil), somente poderão ser afastadas nos casos expressamente previstos na ordem jurídica constitucional e, ainda assim, passando pelos testes de razoabilidade/proporcionalidade e de preservação do núcleo essencial do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

Cabe lembrar que a CF/88 apenas prevê o “ piso básico de direitos fundamentais ” (fato este “ desconhecido ” pela Reforma Trabalhista), pois o seu próprio art. 7º prevê o princípio da norma mais favorável. Quando estas normas tiverem *status* meramente legal, ou seja, quando normas infraconstitucionais estabelecerem limites para a jornada de trabalho mais favoráveis, o seu afastamento terá que se ater aos limites estabelecidos na própria ordem jurídica vigente<sup>31</sup>.

Assim, não pode haver renúncia a estes comandos normativos, bem como a transação (individual ou coletiva) também deve se ater aos limites estabelecidos na ordem jurídica. O caráter de ordem pública destas normas é inegável, pelo fato de tratarem de direitos humanos fundamentais, o que demonstra à saciedade o seu caráter de normas estruturantes da sociedade e do Estado.

---

29 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 284.

30 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 798 *et seq.*

31 Sobre o assunto ver: VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Direito material do trabalho*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 164 e ss.

Aliás, reforça esse nosso entendimento lembrar o fato de que o art. 149, *caput*, do CP, com a redação dada pela Lei nº 10.803/03, prevê o crime de redução a condição análoga à de escravo. Entre as hipóteses legais que são tipificadas como crime está, justamente, a de submeter alguém a jornada exaustiva de trabalho. Portanto, os limites legais de prestação de trabalho se caracterizam como limites de ordem pública, pois a ultrapassagem desses limites pode, inclusive, caracterizar crime<sup>32</sup>.

Diante destas diretrizes gerais, cabe agora avaliar o objeto central desse artigo, ou seja, se as normas atinentes à limitação da jornada de trabalho são normas relativas à saúde ou segurança e qual a implicação que isso tem em relação, em especial, à previsão do parágrafo único do art. 611-B da CLT conforme a redação da Lei nº 13.467/2017.

### *3.1 – A limitação da jornada de trabalho e a saúde e segurança no trabalho*

Apesar do que já foi delineado acima, diante das previsões que resultam da aprovação da Lei nº 13.467/2017 – reforma trabalhista – é imprescindível que seja concentrada e se faça uma análise mais detida sobre a importância da limitação da jornada de trabalho (incluídos aqui os intervalos) por questões de saúde e segurança.

Ora, a Lei nº 13.467/2017, em vários pontos, previu a possibilidade de “flexibilização” dos limites da jornada de trabalho (o que foge da temática desse artigo). Para o tema que é objeto deste texto é central a disposição que consta do art. 611-B, parágrafo único, da Lei nº 13.467/2017. Com efeito, o art. 611-B da Lei trata daquilo que seria objeto ilícito de convenção coletiva ou acordo coletivo<sup>33</sup>, trazendo em seu parágrafo único a seguinte disposição: “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

---

32 Ver sobre o assunto o artigo de RAMOS FILHO, Wilson. Delinquência patronal, repressão e reparação. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV*, São Paulo, n. 2, LTr, p. 45 *et seq.*, em especial, p. 62-64, 2009. Esse entendimento restou consagrado em várias decisões do STF, como no Inq. 3.412/A (DJe 12.11.2012), no RE 459.510 (DJe 12.04.2016), bem como na recente medida cautelar deferida na ADPF 489 (DJe 06.11.2017) sobre a Portaria nº 1.129/2017 do Ministério do Trabalho.

33 Não é pertinente a análise do *caput* do referido artigo nesse trabalho, no entanto, cabe salientar que o próprio *caput* do art. 611-B da Lei nº 13.467/2017 contém uma inconstitucionalidade gritante, pois inverte a lógica constitucional do princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, *in fine*, da CF/88) ao prescrever que “exclusivamente” os direitos ali listados não seriam passíveis de supressão ou redução.

O dispositivo tem o nítido objetivo de retirar das normas sobre duração do trabalho e intervalos o caráter de normas de ordem pública que estão relacionadas com questões de saúde, segurança e higiene do trabalho.

Entende-se que a inconstitucionalidade da referida disposição é gritante! Além disso, sustenta-se que referido dispositivo ofende também as normas internacionais de direitos humanos previstos em convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil. No entanto, antes de adentrarmos nos aspectos puramente normativos, cabe analisar o absurdo normativo e científico do referido preceito.

Gomes e Gottschalk<sup>34</sup> são enfáticos, tendo por base a ciência médica, em salientar a ligação direta entre limitação da jornada de trabalho e questões de saúde e segurança. Afirmam:

*“A Fisiologia forneceu os dados para o primeiro fundamento científico da conveniência da limitação da duração do trabalho. De fato, os cientistas verificaram que o organismo humano sofre desgastes quando se põe em atividade, queimando as energias acumuladas numa maior proporção.*

Os modernos fisiologistas descrevem, com luxo de pormenores, o processo pelo qual a fadiga se instala insidiosamente no organismo humano quando desenvolve prolongada atividade. A perda de oxigênio do sangue, o aumento de sua taxa hidrogênica, a formação excessiva de ácido láctico e do  $\text{CO}_3\text{H}_2$  são alguns dos fatores que concorrem para a formação das toxinas da fadiga. (...)

Se o organismo humano se entrega a uma atividade sem trégua, a fadiga se converte em fadiga crônica. Esta, como observa Labranca, predis põe o indivíduo às doenças e conduz à invalidez e velhice, abreviando a vida humana. Palacios, estudando as projeções sociais da fadiga, demonstra sua nociva influência sobre o desenvolvimento do próprio organismo, a mortalidade, os acidentes de trabalho, a tuberculose, e até mesmo a fadiga hereditária, como uma das causas mais sérias das perturbações sofridas pelo organismo da mulher, que repercutem dolorosamente na descendência.

Saliente-se que não se trata, apenas, de fadiga muscular, eis que cada impulso de trabalho dado a um músculo prova o que se chama irritação no sistema nervoso central. A continuada operação produz desgaste

---

34 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 296-297.

da substância nervosa, e determina a fadiga cerebral com todas as suas consequências.”

Na mesma trilha, Oliveira<sup>35</sup>, com base em dados de natureza médica e fisiológica, demonstra a relação direta entre jornada de trabalho e o desgaste e fadiga do trabalhador, evidenciando a natureza de normas de saúde e segurança àquelas que tratam dos limites da jornada de trabalho (e intervalos). Afirma:

“Por que o trabalho extraordinário agride a saúde do trabalhador?

Como explica Roberto Verdussen, ‘o homem é, na verdade, uma máquina térmica ativada por extraordinário laboratório bioquímico, que transforma os alimentos na energia que a movimenta’. (...)

Em razão das calorias consumidas na execução do trabalho, mais o dispêndio energético para manter o organismo em equilíbrio homeostático, sobrevêm o cansaço e a necessidade de descanso para a recomposição.

O prosseguimento das atividades nesse quadro acarretará o agravamento crescente da fadiga, a qual representa uma reação do organismo, sinalizando para a interrupção do trabalho, como mecanismo de conservação da vida. O esforço adicional, como ocorre no trabalho constante em horas extras, aciona o consumo das reservas energéticas e o aceleração da fadiga pode levar à exaustão ou esgotamento. (...)

Um processo prolongado de fadiga induz à instalação da fadiga crônica, que não cede nem mesmo com o repouso diário. Esse quadro de fadiga patológica compromete o sistema imunológico, deixando o trabalhador muito mais vulnerável às doenças, além de produzir insatisfação com o serviço, absenteísmo, baixa produtividade e maior número de acidentes de trabalho.

Convém salientar que a fadiga não ocorre somente nos trabalhos manuais que empregam a força física. Os fisiologistas dão conta do aparecimento da fadiga, com intensidade semelhante, nos trabalhos que envolvem esforço mental, especialmente quando executado sob tensão ou mesmo nos trabalhos monótonos ou repetitivos.

Explica o professor de fisiologia Dr. Hudson de Araújo Couto que, ‘na fadiga crônica, o cansaço vem não apenas à tarde após o trabalho, mas também durante o dia e muitas vezes antes do início do expediente. É acompanhado de sensação de mal-estar, frequentemente de natureza

---

35 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 148-151.

emotiva. Ocorre alta incidência de comportamento antissocial, de manifestação de neurose de angústia ou depressiva, e nessas fases o quadro pode confundir-se com o de fadiga psíquica’.

Aliás, atualmente, tornou-se fugidia a fronteira entre a fadiga física e a fadiga mental. Cansaços físicos e mentais muitas vezes se confundem e se entrelaçam. Ao empregado que passa todo o dia trabalhando e consome tempo considerável em deslocamento residência-trabalho-residência resta pouco espaço para descanso, nenhuma possibilidade de lazer e manifestou prejuízo para o convívio familiar e a possibilidade de estabelecer relações sociais harmoniosas. A continuidade desse quadro leva à insatisfação recorrente, perda de autoestima, apatia, depressão e ao aparecimento de doenças. Não se deve esquecer que, no art. 6º da Constituição da República, está assegurado, logo após o direito ao trabalho, o direito ao lazer e o exercício daquele não deve impedir a fruição deste.

Os estudos aprofundados dos fisiologistas, ergonomistas, psicólogos, médicos do trabalho e outros têm servido para respaldar os fundamentos científicos da tendência mundial de redução da jornada de trabalho. Todavia, não adianta limitar a duração da jornada, sem controlar, com rigor, o trabalho extraordinário. A simples oneração do valor da hora extras não tem sido suficiente para desestimular a sua prática.

A Professora da Universidade de São Paulo Edtith Seligmann Silva, com vasta produção intelectual na área de saúde mental e trabalho, focaliza bem a questão das horas extras:

‘Quanto mais prolongada for uma jornada de trabalho na qual um trabalhador necessite concentrar sua atenção, maior será o cansaço tanto físico quanto mental. Assim é que, atualmente, torna-se praticamente impossível, além de artificial, distinguir fadiga física de fadiga mental. E, quando o cansaço passa de fisiológico a patológico, isto é, quando o repouso e sono habituais não mais são capazes de superá-lo surge a fadiga crônica.’

(...)

Outra questão preocupante é o trabalho extraordinário nas atividades perigosas e insalubres. Na legislação estrangeira, normalmente, é vedada a realização de horas extras em tais atividades. O fundamento biológico para tal proibição é facilmente explicável: o trabalho insalubre, perigoso ou penoso provoca reações mais intensas do organismo para manter-se equilibrado, o que, naturalmente, acarreta maior desgaste

e propensão à fadiga, exigindo período mais extenso para descanso e recuperação.”

Cláudio Mascarenhas Brandão<sup>36</sup>, em artigo em que analisa, entre outras, as ligações entre sobrejornada e adoecimento, não tem outra conclusão:

“A avaliação da fadiga constitui importante debate na medicina do trabalho e, para tanto, são utilizados vários instrumentos qualitativos e quantitativos com a finalidade de compreender o grau de desgaste no trabalho, como também medir a reação do organismo humano a diferentes sobrecargas, embora seja certo que não existe, hoje, nenhum método direto de avaliação quantitativa do estado de fadiga. Os métodos utilizados medem determinadas manifestações da fadiga, que só podem ser avaliadas como indicadores de sua ocorrência.

(...)

Isso não impede, contudo, que sejam identificados no ambiente de trabalho fatores condicionantes do estado de fadiga física, entre os quais podem ser mencionados:

- a) esforço físico superior à capacidade muscular;
- b) alteração do equilíbrio hidroeletrólítico, como a que ocorre em trabalhadores em ambientes quentes;
- c) *duração e intensidade do trabalho*; (grifos postos)
- d) esgotamento das reservas de substâncias energéticas nos músculos, como ocorre quando o indivíduo vai executar um trabalho e não tem o aporte alimentar adequado para aquela atividade.

*É exatamente no aspecto relacionado à duração e intensidade do trabalho que se quer destacar a importância de que a prestação de horas extraordinárias, como a própria denominação aponta, deve ser encarada como uma situação de anormalidade dentro da atividade empresarial, pois a adequada gestão pressupõe a necessária equivalência entre demanda de serviço e capacidade de atendimento.*

(...)

*A relação entre estresse ocupacional e doença foi reconhecida há mais de 300 anos por Bernardo Ramazzini.* Por outro lado, a relação

---

36 BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-20/jornada-excessiva-trabalho-provoca-acidentes-tiradignidade>>.

entre estresse e doença coronariana está, há muito, comprovada. Desde o final da década de 1940 tem-se observado que pode causar, entre outras enfermidades, aterosclerose acelerada e oclusão coronariana associada a níveis elevados de colesterol, triglicerídeos e ácidos graxos livres e desde a década de 1990 foi cientificamente comprovada por R. A. Karasek e S. J. Theorell a ligação clara entre estresse ocupacional e doença cardiovascular.”

Não é à toa, portanto, que a Convenção nº 155 da OIT (ratificada pelo Brasil em 1992) prevê em seu art. 4, item 1, que todos os Estados que ratifiquem a referida Convenção deverão, por meio de amplo debate trilateral<sup>37</sup>, pôr em prática e reexaminar periodicamente a política nacional em matéria de segurança, saúde e meio ambiente de trabalho. Por sua vez, o item 1 do art. 4 da Convenção prevê que o objetivo dessa política é prevenir acidentes e danos à saúde que forem consequência do trabalho, reduzindo os riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho. Então, em seu art. 5, letra *b*, a Convenção nº 155 prevê:

### “Artigo 5

A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho:

(...)

b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores;”

Como fica evidenciado, entre outros, o “tempo de trabalho” é fator decisivo para a política de saúde e segurança dos trabalhadores, sendo fundamental a sua disciplina para que se possam alcançar os objetivos das políticas de preservação de saúde e segurança no trabalho.

Portanto, não é à toa que a OIT, em seus estudos, salienta esta relação direta entre saúde e segurança do trabalho e limites da jornada de trabalho:

---

37 Outro problema de extrema gravidade que marca a Reforma Trabalhista é a falta desse amplo debate trilateral, pressuposto necessário para relações de trabalho democráticas, o que, contudo, não é objeto desse artigo.

## DOCTRINA

“Preservar a saúde do trabalhador e a segurança do local de trabalho é o mais fundamental dos objetivos subjacentes às políticas de duração do trabalho e tem sido, desde o início, um dos propósitos centrais das medidas que tratam das jornadas longas.”<sup>38</sup>

Essa relação direta entre tempo de trabalho e normas de saúde e segurança é retratada na própria CLT, em artigos que foram preservados pela Reforma Trabalhista, o que mostra a total incongruência da regulamentação dada ao tema em foco.

Com efeito, o art. 189 da CLT, ao disciplinar as atividades ou operações insalubres como aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, exponham os trabalhadores a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância, determina que esses limites são fixados em razão da natureza, intensidade e *tempo de exposição* aos seus efeitos. No mesmo sentido, o art. 190 da CLT, ao disciplinar que cabe ao Ministério do Trabalho regulamentar as situações de insalubridade, determina que na fixação dos limites de tolerância se leve em conta o *tempo máximo de exposição dos empregados* aos agentes insalubres.

Portanto, a disposição prevista no art. 611-B da CLT, introduzida pela Lei nº 13.467/2011, é frontalmente contrária à Constituição Federal de 1988 e à normativa internacional ratificada pelo Brasil, sendo inconstitucional e carecendo, ainda, de controle de convencionalidade. Essa interpretação se reflete diretamente e se estende, como já dito, a outros artigos inseridos na CLT pela Lei nº 13.467/2017, em especial, ao art. 60, parágrafo único, ao art. 611-A, XII (com redação da MP nº 808/2017), bem como ao disposto no art. 444, parágrafo único.

Com efeito, tais dispositivos violam, frontalmente, o art. 6º (direito à saúde) e o inciso XXII do art. 7º (redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança), ambos da CF/88, bem como violam a Convenção nº 155 da OIT (em especial o art. 4º, I, e o art. 5, b, ambos da Convenção), além de violarem o princípio da razoabilidade<sup>39</sup>, pois ao direito não é dado, seja em sua gênese (elaboração), seja na sua aplicação, promover absurdos/irracionalidades ou profundas iniquidades.

---

38 LEE, Sangheon; MACCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e política numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho – Brasília: OIT, 2009. p. 149. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work\\_hours/pub/duracao\\_trabalho\\_284.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf)>.

39 Sobre o princípio constitucional fundamental da razoabilidade ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 283 e s.

## DOCTRINA

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar o presente artigo, cumpre lembrar que não existe sociedade e Estado democráticos onde não exista o respeito estrito à legalidade constitucional, ainda mais quando em jogo estão direitos humanos fundamentais. Além disso, um Estado que pretenda o respeito da comunidade internacional não pode desprezar seus compromissos internacionais, em especial, com os tratados de direitos humanos (art. 4º, II, da CF/88). Esses direitos não devem ficar sujeitos a argumentos de eventual conveniência ou oportunidade (aliás, indefensáveis no caso), mas, sim, à questão de legitimidade.

No tocante ao objeto central do presente texto, pode-se afirmar que o disposto no parágrafo único do art. 611-B da CLT, segundo a redação dada pela Lei nº 13.467/2017 – “Reforma Trabalhista”, é uma afronta central a direitos humanos fundamentais duramente conquistados em lutas sociais e que são padrão de civilização, implicando um evidente retrocesso social, científico e jurídico.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ivan Dias Rodrigues; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Teoria e prática do direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 1995.

ASHTON, T. S. *A revolução industrial*. 6. ed. Lisboa: Europa-América, s/d.

BATALHA, Cláudio H. M. *Sociedades de trabalhadores no Rio de Janeiro do século XIX: algumas reflexões em torno da formação da classe operária*. Disponível em: <[http://www.ifch.unicamp.br/ael/website-ael\\_publicacoes/cad-10/Artigo-2-p41.pdf](http://www.ifch.unicamp.br/ael/website-ael_publicacoes/cad-10/Artigo-2-p41.pdf)>.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-20/jornada-excessiva-trabalho-provoca-acidentes-tira-dignidade>>.

CARVALHO, Augusto César Leite de Carvalho. *Direito individual do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COGGIOLA, Osvaldo. *O movimento operário nos tempos do manifesto comunista*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/cehal/downloads/textos/ATT00599.pdf>>.

DAL ROSSO, Sadi. *A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de Prometeu*. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIEESE. *Nota técnica – redução da jornada de trabalho no Brasil*. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2006/notatec16ReducaoDaJornada.pdf>>.

GENRO, Tarso. *Curso de direito individual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2009.

## DOCTRINA

- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2010.
- IANNI, Octavio. *Industrialização e desenvolvimento social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963.
- LEE, Sangheon; MACCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e política numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho – Brasília: OIT, 2009, p. 149. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work\\_hours/pub/duracao\\_trabalho\\_284.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf)>.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. v. 1.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- RAMOS FILHO, Wilson. Delinquência patronal, repressão e reparação. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV*, São Paulo, n. 2, LTr.
- RIoux, Jean Pierre. *A revolução industrial: 1780-1880*. São Paulo: Pioneira, 1975.
- RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.
- VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Direito material do trabalho*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

# (IN)APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NOVAS REGRAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NO PROCESSO TRABALHISTA

José Affonso Dallegrave Neto\*

## 1 – A REFORMA TRABALHISTA VIROU LEI

**P**ara o desencanto da maioria dos operadores jurídicos, o Projeto de Lei da Reforma Trabalhista foi aprovado em tempo recorde e virou norma legal. Trata-se da Lei nº 13.467, publicada no Diário Oficial da União em 14 de julho de 2017, com *vacatio legis* de 120 dias.

Nela há muitas novidades na seara do direito material e algumas no direito processual. A maioria delas constitui verdadeiro retrocesso no campo dos direitos fundamentais, máxime o direito de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV). Mencionem-se aqui duas regras processuais que se sobressaem: a contagem do prazo não mais em dias corridos, mas em dias úteis, *ex vi* do art. 775 da CLT; e os honorários de sucumbência recíproca, previstos no novo art. 791-A, § 3º, da CLT.

Diante dessas inovações, cabe indagar se a lei processual passa a vigorar de forma imediata ou retroativa. Com outras palavras: a nova lei alcança os processos em curso ou somente aqueles cujas ações tenham sido ajuizadas após a sua vigência, em novembro de 2017?

Ora, é cediço que a norma processual tem efeito prospectivo e imediato, valendo lembrar o brocardo *lex prospicit, non respicit*<sup>1</sup>. Contudo, impende sublinhar que as regras de direito intertemporal contêm exceções importantes. São chamadas de regras de sobredireito (ou superdireito) aquelas que não criam situações jurídicas imediatas, mas regulam sua aplicação no tempo, no espaço e na interlocução das fontes do direito.

---

\* Advogado, mestre e doutor em Direito pela UFPR; pós-doutorando pela Universidade de Lisboa (FDUNL); membro da JUTRA e da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

1 A lei é prospectiva, não é retrospectiva.

## DOCTRINA

A aplicação da regra geral e suas exceções visa equacionar dois cânones fundamentais da ordem jurídica, “a lei do progresso e o conceito de estabilidade das relações humanas”<sup>2</sup>. De um lado o efeito prospectivo da nova lei processual, de outro a segurança jurídica das relações.

Para Tércio Ferraz, a doutrina da irretroatividade serve ao valor *segurança jurídica*, “o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos”. Essa doutrina, prossegue Ferraz, “cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social”<sup>3</sup>.

Para Gomes Canotilho, a segurança jurídica se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. O primeiro alude às decisões dos poderes públicos: “uma vez realizadas não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Quanto à previsibilidade, Canotilho alude à “exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”<sup>4</sup>.

A primeira exceção ao princípio da aplicação imediata da norma processual encontra-se no próprio texto constitucional, qual seja o seu art. 5º, XXXVI, ao dispor que a lei nova “não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em igual sentido é o art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.”

Trata-se, pois, de garantir a segurança jurídica a fim de evitar surpresas prejudiciais às partes, ou mesmo proteger as situações jurídicas já encetadas sob o pálio da lei velha. Não se ignore que dentro do conceito de segurança jurídica temos a segurança legal e judicial. A propósito, Luiz Fux bem observa:

“Em essência, o problema da eficácia da lei no tempo é de solução uniforme, porquanto toda e qualquer lei, respeitado o seu prazo de *vacatio*

---

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. I. p. 132-133.

3 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 229

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 264.

*legis*, tem aplicação imediata e geral, respeitados os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Muito embora a última categoria pareça ser a única de direito processual, a realidade é que todo e qualquer novel diploma de processo e de procedimento deve respeitar o *ato jurídico-processual perfeito* e os *direitos processuais adquiridos* e integrados no patrimônio dos sujeitos do processo. Assim, v.g., se uma lei nova estabelece forma inovadora de contestação, deve respeitar a peça apresentada sob a forma prevista na lei pretérita.”<sup>5</sup>

## 2 – *TEMPUS REGIT ACTUM*

Na mesma toada exsurge a segunda exceção, que dispõe sobre o sistema de isolamento dos atos processuais. Com efeito, a lei nova não retroage em relação aos atos já consumados, aplicando-se apenas aos atos futuros do processo. Nesse sentido é a regra do art. 1.046 do CPC/2015:

“Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei 7.869, de 11 de janeiro de 1973.

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

Observe-se que o CPC/2015 fez questão de declarar que as disposições revogadas do CPC/73, atinentes ao rito sumário e especiais, continuam em vigor para as ações não sentenciadas até a data do novo CPC/2015. Em igual sentido são as regras da CLT:

“Art. 912. Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação.

(...)

Art. 915. Não serão prejudicados os recursos interpostos com apoio em dispositivos alterados ou cujo prazo para interposição esteja em curso à data da vigência desta Consolidação.”

---

5 FUX, Luiz. O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa. *Conjur*. Opinião publicada em 22 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>.

## DOCTRINA

Aqui cabe invocar a máxima latina: *tempus regit actum*. Esse brocardo apareceu no direito pátrio por força do direito lusitano, nomeadamente o Livro IV das Ordenações Filipinas, que se estendia ao Brasil Colônia, vigendo até o advento do CC/1916. Como sugere o próprio nome, *o tempo rege o ato*. Vale dizer, aplica-se a lei em vigor ao tempo em que o ato processual foi realizado.

Observa-se que as normas antes transcritas reforçam a regra geral de aplicação imediata da lei nova, salvaguardando a segurança jurídica em relação às situações iniciadas, mas ainda não consumadas.

A celeuma recai sobre a ultratividade da lei antiga quando incidente sobre ato processual tido como mero consectário de outro ato anterior. Os efeitos da lei velha se postergam nessa hipótese, sobretudo quando ausente disposição transitória (caso da Lei nº 13.467/2017).

Não se ignore que a relação jurídica processual é dinâmica, implicando uma marcha progressiva que colima a prestação jurisdicional do Estado. Assim, ainda que a realização do ato isolado seja de fácil identificação, os efeitos por ele visados muitas vezes estendem-se no tempo, consolidando-se apenas com a consecução de outros atos ou faculdades processuais imbricadas. Aqui se encontra o desafio para o aplicador da lei nova.

### 3 – A LEI PROCESSUAL NOVA NÃO PODE SURPREENDER DE FORMA PREJUDICIAL

Para solver essa controvérsia, importa invocar uma terceira exceção à regra geral da aplicação imediata. Trata-se do princípio do não prejuízo aos litigantes pela lei processual nova. Com efeito, a novel legislação somente se aplica às situações em curso quando para beneficiar as partes, a exemplo da nova contagem em dias úteis prevista no mencionado art. 775 da CLT.

Ao contrário, quando a lei nova sobrevier para acoimar, punir ou restringir direitos processuais, a sua aplicação não poderá afetar situações jurídicas em aberto. Nesse sentido é a dicção da própria CLT ao ressaltar que o encurtamento do prazo prescricional só poderá se iniciar a partir de sua vigência; ou seja, com efeitos *ex nunc*: “Art. 916. Os prazos de prescrição fixados pela presente Consolidação começarão a correr da data da vigência desta, quando menores do que os previstos pela legislação anterior”.

Em igual direção já sinalizou o Supremo Tribunal Federal em vetusto aresto:

“No caso em que a lei nova reduz o prazo exigido para a prescrição, a lei nova não se pode aplicar ao prazo em curso sem se tornar retroativa. Daí resulta que *o prazo novo que ele estabelece correrá somente a contar de sua entrada em vigor.*” (STF, 1ª Turma, RE 51.706, Rel. Min. Luis Gallotti, j. 04.04.63)

Observa-se que a preocupação do STF não se restringe a elidir o prejuízo advindo do encurtamento da prescrição, mas de qualquer prejuízo que venha surpreender o jurisdicionado, conforme se depreende do ajustamento pontual realizado quando do julgamento<sup>6</sup> do Conflito de Competência 7.204:

“O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, *em prol da segurança jurídica*, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.”

E aqui vale a lembrança das chamadas normas processuais heterotópicas. São aquelas inseridas geralmente em diplomas processuais penais, mas que apresentam conteúdo híbrido, fixando normas incidentes na relação processual, porém com conteúdo material, cujos efeitos se espraiam para além do processo. Não se ignore, a propósito, a atenta observação de Eduardo Couture de que a natureza processual de uma lei “não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio”<sup>7</sup>.

A identificação dessas novas regras processuais híbridas ou heterotópicas é decisiva para determinar seus efeitos, *ex tunc* ou *ex nunc*, em relação aos processos em curso. Na esfera penal essa matéria é serena pela aplicação do art. 2º do Código Penal<sup>8</sup>. Em igual sentido o STF decidiu que, tratando-se “de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, *as normas de direito penal (leia-se: material) que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina*

6 O julgamento ocorreu em 29 de junho de 2005.

7 COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. 4. ed. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36. Mais sobre o tema ver: AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 65.

8 “Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

o art. 5º, XL, da Constituição Federal”<sup>9</sup>. Vale dizer: as regras do jogo deverão ser conhecidas desde o início do processo, podendo ser alteradas apenas para beneficiar as partes, jamais para restringir garantias ou criar novos ônus processuais, máxime aqueles que repercutem para além do mundo dos autos. Carlos Maximiliano, acerca do caráter misto destas novas regras, alerta para a correta aplicação do direito intertemporal:

“O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.”<sup>10</sup>

A introdução dos honorários advocatícios de sucumbência recíproca no processo do trabalho se enquadra nessa ordem de regras híbridas e, portanto, devem ser aplicados apenas aos processos que tiveram início sob a vigência da nova Lei nº 13.467/2017. Observa-se que o STJ analisou idêntica matéria, quando da introdução desse instituto pelo CPC/2015:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. (...) 7. Os honorários advocatícios repercutem na esfera substantiva dos advogados, constituindo direito de natureza alimentar. 8. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, *as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas pela lei nova*. 9. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. 10. Quando o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, for publicado em consonância com o CPC/73, serão aplicadas as regras do antigo diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.03.2016, as normas do novo CPC regularão a situação concreta. 11. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/73. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma

9 STF, ADI 1.719-9, Rel. Joaquim Barbosa, DJU 28.08.07, p. 01.

10 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 314.

processual anterior.” (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial 1.465.535/SP [2011/0293641-3], Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 07.10.2016)

Em suma, a surpresa e o prejuízo são valores vedados na aplicação da lei nova em relação aos feitos pendentes, conforme assinalou Luiz Fux<sup>11</sup>. Esse norte hermenêutico vale também para a questão dos *honorários de sucumbência recíproca*, previstos no art. 791-A, § 3º, da CLT, da recém-chegada Lei nº 13.467/2017.

#### 4 – O CARÁTER ESPECÍFICO E COMPLEXO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

Até o surgimento da indigitada Reforma Trabalhista, ao reclamante não recaía qualquer condenação de verba honorária de sucumbência recíproca. Nos casos de insucesso em seus pleitos, ainda que de todos os pedidos formulados na ação trabalhista, o reclamante não respondia por honorários advocatícios da parte *ex-adversa*. Com outras palavras: a Lei nº 13.467/2017 introduziu novo paradigma para este tema. E assim o fez dentro de um sistema complexo e coordenado, que se inicia com a exigência de indicar o valor dos pedidos na petição inicial, conforme a nova regra do art. 840, § 1º, da CLT<sup>12</sup>.

Logo, importa que se compreenda que a condenação dos honorários de sucumbência constitui consectário ou reflexo da rejeição dos pedidos valorados na petição inicial. Há três novidades relacionadas entre si: pedidos líquidos; valor da causa; e honorários de sucumbência recíproca. Assim, pelo novo sistema, a Reclamatória deverá conter pedidos com valores mensurados, que somados revelam o valor da causa, os quais servirão de base de cálculo dos honorários de sucumbência a serem fixados em sentença.

Com efeito, se no momento do ajuizamento da ação aplicava-se a regra antiga, a qual prescindia de quantificação dos pedidos e exigia valor da causa apenas para fixar o rito, não poderá a sentença, ainda que publicada ao tempo da lei nova, surpreender as partes com a novidade dos honorários de sucumbência recíproca. Qualquer tentativa de forçar essa aplicação retroativa às ações ajuizadas sob a égide da lei velha será ilícita, por flagrante ofensa ao regramento de direito intertemporal e aos valores por ela tutelados (segurança

---

11 FUX, Luiz. O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa. *Conjur*. Opinião publicada em 22 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>.

12 “Art. 840. (...) § 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.”

jurídica, vedação da aplicação retroativa da lei nova *in pejus*). Nesse sentido colhem-se as atentas observações de Medina, Wambier e Alvim:

“Muito embora acentuem os processualistas enfaticamente que a lei processual se aplica imediatamente, assim mesmo devemos entender o princípio com determinadas limitações, a saber: aos atos processuais, praticados na vigência de lei anterior, desde que devam produzir efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos ulteriores.”<sup>13</sup>

Em igual direção, Maia Nunes e Pupe da Nóbrega enunciam que a postergação dos efeitos da lei velha (ultratividade) funciona como proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à norma processual punitiva, não alcançando os atos realizados antes da entrada em vigor da nova lei. O mesmo silogismo vale para o ato processual praticado como consectário de ato processual anterior, sob a vigência da lei velha<sup>14</sup>.

Nesta esteira, pode-se asseverar que o julgador só poderá aplicar os honorários advocatícios de sucumbência recíproca para as ações ajuizadas após a vigência da Lei nº 13.467/2017. Do contrário, haverá flagrante ofensa à segurança jurídica e ao princípio que veda surpreender de forma prejudicial os litigantes que iniciaram a relação processual sob a égide da lei velha. Ressalte-se que a ordem jurídica não permite a retroatividade lesiva da lei nova, *ex vi* do art. 5º, XXVI, da Constituição Federal.

“Novas leis atingem processos em curso. Mas, dentro do processo, também há um passado, um presente, um futuro. O passado há de ser preservado, sob pena de inaceitável irretroatividade. O presente é que será disciplinado. Assim, vê-se que incide, também, no processo o princípio do *tempus regit actum*: a lei que incide é a que está (ou estava) em vigor à época em que o ato processual é (ou foi) praticado. Esta é a lei que rege o ato em si e seus efeitos, ainda que estes se prolonguem no tempo.”<sup>15</sup>

---

13 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, p. 328. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.

14 NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Direito intertemporal e lei processual no tempo: anotações sobre o (ainda) novo Código que desponta no alvorecer de sua aguardada vigência. *Revista Migalhas*, publicado em 27 jul. 2017. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI235786,81042-Direito+intertemporal+e+lei+processual+no+tempo+anotacoes+sobre+o](http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI235786,81042-Direito+intertemporal+e+lei+processual+no+tempo+anotacoes+sobre+o)>.

15 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, p. 336. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.

## CONCLUSÃO

Em tom de arremate, pode-se afirmar que, via de regra, a lei processual nova se aplica de imediato às ações em andamento. Contudo, os novos dispositivos jamais poderão surpreender e prejudicar as partes, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Com efeito, haverá regras processuais novas que se aplicarão desde logo aos processos em curso, a exemplo da contagem em dias úteis, introduzida pelo art. 775 da CLT, a partir da Lei nº 13.467/2017. Outras regras heterotópicas, como os honorários de sucumbência recíproca, previstos no art. 791-A, § 3º, da CLT, somente incidirão sobre as ações ajuizadas a partir da vigência da nova lei (em 11.11.2017), vez que se reportam aos atos processuais complexos, com efeitos diferidos e além da órbita processual.

Não se pode aplicar honorários de sucumbência em ações trabalhistas iniciadas sob o pálio da lei velha, a qual regulava de forma diversa os requisitos da petição inicial e do valor da causa, sobretudo quando (a lei velha) nada determinava acerca dos encargos de sucumbência às partes.

O cabimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho é novidade que afeta atos processuais complexos e desdobrados, iniciando-se pela quantificação dos pedidos da inicial, fixação de rito, contestação e sentença. Logo, os honorários de sucumbência somente se aplicam aos processos cujas ações iniciaram sob a égide do regramento novo.

Em igual sentido, Garcia Medina, Wambier e Teresa Arruda Alvim advertem, com acerto, que é insuportável a ideia de que as partes possam ser legitimamente “surpreendidas” com lei nova incidente em processo pendente:

“Se ao abrigo de uma lei – que vem a ser revogada – ocorrerem todos os fatos normativamente previstos para a incidência dessa lei, é ela que deve incidir até que ocorra no mundo empírico o último reflexo ou efeito do ato inicial. Revogada essa lei, tem-se que regerão, no futuro, os fatos acontecidos no passado, e para os quais essa lei revogada previa uma consequência.”<sup>16</sup>

Com isso, os aludidos doutrinadores pretendem esclarecer que a lei que disciplina o ato “é aquela que estava em vigor à época em que este tenha sido praticado, e, mesmo que seja revogada em seguida, será esta lei e não a posterior

---

16 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, p. 335. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.

que disciplinará os efeitos do ato anteriormente praticado”. Isso porque, quando se concebe um ato processual, “deve-se ter presente não o ato em sentido estrito, mas as condições para que ele seja praticado e os efeitos que dele derivam”. Pensamos de forma igual.

Por fim, registre-se significativo subsídio doutrinário que servirá de inspiração e luz para os julgadores, máxime neste instante de alvoroço e hesitação. Refiro-me aos Enunciados aprovados na 2ª *Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*, promovida pela Anamatra<sup>17</sup>, nos dias 9 e 10 de outubro, em Brasília. Sobre o tema que estamos a explicar, cabe transcrever o que segue:

“Comissão 7: Acesso à Justiça e Justiça Gratuita. Honorários Advocatícios. Honorários Periciais. Litigância de má-fé e dano processual.

### ENUNCIADO 1. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO

EMENTA: Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, haja vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação.”

Como se vê, os operadores jurídicos reunidos neste certame, composto de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do Trabalho, além de advogados e outros operadores do Direito, concluíram de forma similar ao que sustentamos neste artigo. Estou certo de que assim será julgado pelos magistrados, consoante as razões jurídicas sublinhadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FUX, Luiz. O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa. *Conjur*. Opinião publicada em 22 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>.

---

17 Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

## DOCTRINA

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, p. 336. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Direito intertemporal e lei processual no tempo: anotações sobre o (ainda) novo Código que desponta no alvorecer de sua aguardada vigência. *Revista Migalhas*, publicado em 27 jul. 2017. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI235786,81042-Direito+intertemporal+e+lei+processual+no+tempo+anotacoes+sobre+o](http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI235786,81042-Direito+intertemporal+e+lei+processual+no+tempo+anotacoes+sobre+o)>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. I.

# REFORMAS TRABALHISTAS NA ITÁLIA: BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E COMPARATIVA

**José Aparecido dos Santos\***

## INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais importantes das reformas legislativas sociais significativas, como é sempre o caso de uma reforma das leis do trabalho, é o efeito que podem produzir no imaginário popular. Assim como ocorreu ao se estabelecer a legislação trabalhista no início do século XX, modificações dessa magnitude tendem a produzir efeitos simbólicos que ultrapassam em muito o texto aprovado.

Divulgada como meio de solução de males que não possui condições de corrigir ou que não procurou sanar, a reforma trabalhista realizada no Brasil produz em muitos espíritos algo que supera e até mesmo contraria seu texto. Esses efeitos decorrem de um discurso às vezes claro e outras vezes subentendido: a de que todas as reformas legislativas realizadas no mundo fazem parte de um mesmo e inevitável movimento histórico e de que nada se faz senão copiar e adaptar modelos adotados nos países mais “avançados” para modernizar seus estatutos sociais.

Para demonstrar a incorreção ou, pelo menos, a limitação desse raciocínio, parece ser importante analisar como foram realizadas as reformas trabalhistas em outros países. A modesta contribuição deste texto é sintetizar e analisar, ainda que superficialmente, as reformas realizadas na Itália e seus efeitos sociais, econômicos e jurídicos. A intenção é de que no futuro essa análise possa subsidiar uma estrutura comparativa mais ampla e profunda com as reformas realizadas no Brasil.

## 1 – SÍNTESE DAS REFORMAS DA LEGISLAÇÃO ITALIANA

A Constituição italiana de 1948 está fortemente vinculada à ideia de democracia salarial, tanto é verdade que principia em seu art. 1º com a afirmação

---

\* *Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; advogado; ex-juiz do TRT da 9ª Região.*

de que “a Itália é uma República democrática, fundada sobre o trabalho”. Isso transparece em várias partes do seu texto, como no art. 4º, no qual se afirma:

“A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornam efetivo esse direito.

Cada cidadão tem o dever de desenvolver, segundo suas possibilidade e sua própria escolha, uma atividade ou função que concorra ao progresso material ou espiritual da sociedade.”

Essa centralidade sobre o trabalho, favorecida por um clima econômico auspicioso, conduziu a uma política de crescente proteção dos trabalhadores contra a despedida sem justa causa. De fato, “entre os dois interesses em conflito: aquele do empregador à temporariedade do vínculo contratual, e aquele do trabalhador à continuidade e à estabilidade da relação de trabalho, os artigos 2118 e 2291 do Código Civil e a Lei de 1966 seguramente privilegiavam o interesse do empregador”<sup>1</sup>. Embora a Corte Constitucional italiana tenha rejeitado em 1965 o pedido de reconhecimento do direito à manutenção do posto de trabalho, invocado com base no art. 4º da Constituição, afirmou-se explicitamente que esse dispositivo constitucional “exige que o legislador adapte a disciplina das relações de trabalho por tempo indeterminado, com o objetivo último de assegurar a todos a continuidade do trabalho”<sup>2</sup>.

Assim, a partir daí se estabeleceu um proveitoso diálogo entre jurisprudência e legislador, de modo que de uma regra geral (Código Civil, art. 2118) que possibilitava a qualquer das partes a extinção do contrato de trabalho por prazo indeterminado evoluiu-se aos poucos para um conjunto de regras legais que aumentaram a proteção do trabalho, como a Lei nº 1.369, de 23.10.60, que proibia a intermediação de mão de obra por meio de empreitada e cooperativa (lei revogada pelo Decreto Legislativo nº 276/2003), e a Lei nº 230, de 18.04.62, que disciplina o trabalho por prazo determinado. No bojo dessa tendência foi criada a nº 604, de 15.07.66, que trata das normas sobre despedidas individuais, cujo art. 1º estabeleceu o seguinte:

“Art. 1º. Na relação de trabalho por tempo indeterminado, intercedente com empregadores privados ou com entes públicos, onde a estabilidade não seja assegurada por normas de lei, de regulamento ou de contrato coletivo ou individual, a despedida do trabalhador não pode

---

1 SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1/XXV, 2015, p. 1.

2 DE LUCA, Michele. Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata. *WP CSDLE Massimo D'Antona.It.* n. 251, 2015, p. 2-3.

ser realizada senão por justa causa, nos termos do art. 2119 do Código Civil ou por justificado motivo.”

Conforme destaca Santoro-Passarelli, “a Lei de 1966, mesmo introduzindo o importante princípio da obrigação de motivação, considera a despedida injustificada ilícita, mas válida, e, portanto, idônea para extinguir a relação de trabalho, conquanto defronte de um maior custo para o empregador, a assim dita ‘monetização da despedida’<sup>3</sup>. É a Lei nº 300, de 20.05.70, conhecida como Estatuto dos Trabalhadores, que acarreta uma mudança radical dessa lógica, pois seu art. 18 basicamente assegurava ao trabalhador o direito à reintegração integral no emprego, com pagamento dos salários a partir do afastamento, caso o juiz reconhecesse a ilicitude da despedida. A partir daí a despedida injustificada é considerada inválida e a restituição integral do trabalho passa a ser “reação natural” ao descumprimento da lei, à fraude na contratação e à despedida sem justo motivo. De outra parte, os motivos que justificariam objetivamente a despedida foram fixados com base no art. 3º da Lei nº 604/1966 e as hipóteses de despedida discriminatória acrescidas por outras normas esparsas. Desse modo, conquanto a Itália não tenha ratificado a Convenção nº 158, de 22.06.82, da OIT, a partir de 1970 passa a prevalecer a ideia de certa estabilidade contratual no contrato por prazo indeterminado, estabelecido como um modelo padrão de contratação de trabalho.

Pode-se afirmar, portanto, que a primeira grande reforma trabalhista realizada na Itália transcorreu entre 1960 e 1970 com o progressivo escopo de assegurar o direito ao posto de trabalho e a restrição da despedida dos trabalhadores aos casos em que fosse comprovada a justa causa ou motivações devidamente justificadas e previamente comunicadas. Esse cenário jurídico, entretanto, passou a ser questionado na década de 1980<sup>4</sup> com o agravamento da crise fiscal em inúmeros países, com as políticas anti-inflacionárias a partir

---

3 SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 2.

4 As primeiras reações de ordem legislativa tiveram por objetivo melhorar o mercado de trabalho, tal como o Decreto-Lei 17, de 29.01.83, convertido com modificações na Lei 79, de 25.03.83, que instituiu medidas para diminuir o custo do trabalho e favorecer a ocupação, tendo criado ainda algumas regras sobre trabalho por temporada (*lavoro stagionali*) e contratação por prazo determinado, prevendo o direito de preferência na readmissão dos que tenham prestado serviços por meio dessa modalidade de contrato (art. 8-bis). O Decreto-Lei 726, de 30.10.84, convertido na Lei 863, de 19.12.84, dispôs sobre medidas urgentes de incremento do nível de emprego, inclusive com compensações para os empregadores que estabelecessem em contratos coletivos a redução de jornada e a concomitante redução de salários. A Lei 56, de 28.02.87, por sua vez, criou regras de organização do mercado de trabalho, tais como as comissões de emprego, o observatório do mercado de trabalho, a coleta de dados estatísticos e as agências de emprego.

de então adotadas e em virtude da reestruturação produtiva<sup>5</sup>. Isso se tornou mais agudo na década seguinte, conforme as políticas econômicas e financeiras passaram a ser guiadas por consensos regionais ou internacionais.

A Itália é um dos países fundadores da Comunidade Econômica Europeia (CEE), instituída pelo Tratado de Roma de 25 de março de 1957, cuja estrutura política, jurídica e econômica sempre esteve calcada na primazia do direito de concorrência, princípio esse que acaba por se espargir também sobre os critérios de contratação de trabalho. A Europa se estabelece primeiro e mais acentuadamente como uma entidade econômica do que como uma unidade social e política<sup>6</sup>. Essa integração econômica se consolidou com o Tratado de Maastricht, firmado em 7 de fevereiro de 1992, que criou a União Europeia e teve vigência a partir de novembro de 1993. Para alguns<sup>7</sup> esse é o ponto de origem da grande mudança no mercado de trabalho realizada nas duas últimas décadas, pois a “flexibilização das relações de trabalho constituiu a linha mestra adotada pela Europa, com um grau de vinculação sempre crescente no tempo, no mesmo passo em que a integração econômica europeia se reforçava”<sup>8</sup>. Esse Tratado criou as bases para a instituição da moeda única europeia (Euro), que só foi efetivamente introduzida em janeiro de 1999.

Essas medidas exigiram que se observassem critérios de convergência, também conhecidos como “critérios de Maastricht”, pelos quais os estados-membros da União Europeia assumiram metas de controle do déficit público

- 
- 5 Um dos primeiros casos exemplares decididos pelos tribunais em decorrência dessas alterações foi a decisão da Corte de Cassação, Seção de Trabalho, nº 3310, de 03.06.85, que admitiu correto o enquadramento como autônomo dos motociclistas que faziam entregas em veículos próprios sem obrigação de presença e que podiam decidir a cada dia onde prestar serviços. Como indica Ferrario: “A primeira doutrina participante sobre esse ponto saúda o decidido pela Corte de Cassação como um apreciável renascimento da autonomia individual: o trabalhador emancipado da condição de subordinação social e econômica, antes que jurídica, pode enfim reapropriar-se da própria liberdade contratual e escolher livremente por adotar um modelo de trabalho no qual a disciplina normativa é muito menos cerrada e impositiva” (FERRARIO, Susanna. Brevi note in materia di diritto del lavoro. *Archivio del Lavoro*. 21.06.2012).
  - 6 Isso não significa um unilateralismo do ponto de vista econômico, pois, por exemplo, existe a Carta Social Europeia, revista em Estrasburgo em 03.05.96. Entre suas regras ficou estabelecido no item 24 da Parte I que “todos os trabalhadores têm direito a uma tutela em caso de despedida”. O artigo I da Parte II, por sua vez, estabelece que, para garantir o efetivo exercício do direito ao trabalho, os estados membros devem se empenhar em várias medidas, inclusive para realizar o pleno emprego. O art. 30 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice) de 07.12.00 estabelece que “todo trabalhador tem o direito à tutela contra toda despedida injustificada, de acordo com o direito comunitário e as legislações a praxes nacionais”.
  - 7 TRIDICO, Pasquale. Riforme del mercato del lavoro, occupazione e produttività: un confronto tra l'Italia e l'Europa. *Sindacalismo*, n. 28, ottobre-dicembre 2014, p. 61.
  - 8 SPEZIALE, Valerio. La mutazione genetica del diritto del lavoro. *WP CSDLE Massimo D'Antona.It.* n. 322/2017, p. 29.

e da inflação, mormente por força da política adotada para adequar os níveis das taxas de juros e manter os mecanismos de câmbio, centrais na unificação monetária. Tais metas, com vigência a partir de 1993, foram adotadas logo depois da recessão econômica de 1992, e estavam atreladas a uma política de moderação dos rendimentos salariais, dentro de uma lógica de aumento da produtividade e de crescimento dos investimentos. O artigo 104-C do Tratado prevê expressamente que os “Estados-membros devem evitar déficits orçamentários excessivos” e estabelece vários instrumentos de controle, inclusive pelo Conselho e pelo Banco Europeu.

É nesse clima que entre a segunda metade da década de 1980 e a primeira metade da década de 1990 ocorre “um incremento exponencial das relações de trabalho denominadas ‘parassubordinadas’, ou seja, autônomas embora ‘vizinhas’ da subordinação, porquanto caracterizadas pela colaboração, continuidade e coordenação com a estrutura empresarial do contratante. O desenvolvimento do denominado *co.co.co.* respondeu só em parte a uma fisiológica exigência de flexibilidade e autonomia do mercado, estabelecendo em importantes percentuais uma fraudulenta e patológica evasão da área do trabalho subordinado”<sup>9</sup>.

Esse abandono progressivo da contratação típica trabalhista, baseada no critério distintivo da subordinação e no contrato por prazo indeterminado, sempre esteve cercado pelas dúvidas sobre seus verdadeiros custos sociais e previdenciários, principalmente nos países europeus. De fato, flexibilizar as relações de trabalho, paradoxalmente, acentua os problemas fiscais e agrava uma das principais causas da perda de capacidade competitiva dos mercados nacionais. Ao tentar fugir desse dilema, a tendência do legislador italiano foi, curiosamente, a de procurar evitar a fuga do contrato subordinado mediante progressiva e massiva introdução de flexibilidade na própria subordinação, como a realizada pela Lei nº 223, de 23.07.91, que instituiu normas em matéria de previdência social, mobilidade, tratamento do desemprego, atuações de diretivas da Comunidade Europeia, formação e outras disposições em matéria de mercado do trabalho, assim como a Lei nº 451, de 19.07.94, que trazia “disposições urgentes” em matéria de ocupação e fiscalização dos ônus sociais e estabelecia medidas experimentais de flexibilidade da duração do trabalho (art. 7º), o trabalho público socialmente útil para inclusão de jovens (art. 14) e o contrato de formação e trabalho de no máximo 24 meses (art. 16).

As reformas mais expressivas na legislação trabalhista italiana, entretanto, começaram a ser implantadas em 1997 por meio da Lei nº 196, de 24.06.97, que tratou de “normas de promoção da ocupação” e foram denominadas de “Pacote

---

9 FERRARIO, *idem*.

## DOCTRINA

Treu<sup>10</sup>. Essa lei introduziu ou incentivou formas atípicas e precárias de contratação, com o objetivo de diminuir o desemprego, principalmente por meio:

– do contrato de fornecimento de trabalho temporário (“*lavoro interinale*”<sup>11</sup>) – artigos 1º a 11;

– do contrato de trabalho por tempo determinado, com modificação da Lei nº 230, de 18.04.62, de modo a diminuir o impacto financeiro da continuação dessas modalidades contratuais depois do prazo fixado (art. 12);

– do contrato de trabalho parcial (art. 13), com fixação do limite semanal de 40 (quarenta) horas para os contratos em geral, mas com possibilidade de se estabelecerem contratos de duração semanal inferior, por período não superior a um ano;

– de nova regulação e reforço do contrato de formação e trabalho (*tirocínio formativo* ou *estágio*), do contrato de aprendizagem e formação profissional, com alteração de várias regras legais (art. 15 a 18), inclusive com subsídios parciais ou totais para estudantes do sul do país.

Houve crescente necessidade de adaptar o ordenamento jurídico italiano às normas europeias, incorporadas, por exemplo, pela Lei nº 25, de 05.02.99, cujo art. 17 dispunha sobre trabalho noturno, entre várias outras regras de adaptação a diretivas do Conselho da União Europeia. Com base em delegação atribuída por essa Lei e na Diretiva 97/81/CE, de 15.12.97, o Decreto Legislativo 61, de 25.02.00, instituiu e regulou longamente o contrato de trabalho a tempo parcial e o Decreto Legislativo 72, de 25.02.00, regulou o trabalho em empresas transnacionais europeias.

A essa tendência de multiplicidade de contratos de trabalho subordinados atípicos, agregou-se uma nova regulamentação dos contratos de trabalho por prazo determinado. Para atender à Diretiva 1999/70/CE do Conselho da União Europeia, de 28.06.99, foi firmado o Decreto Legislativo 368, de 06.09.01, que, curiosamente, em seu art. 1º insiste em afirmar que o contrato de trabalho subordinado em regra deve ser estipulado por prazo indeterminado, mas estabelece regras que facilitam a contratação por prazo determinado. Até então só

---

10 Em referência a Tiziano Treu, Ministro do Trabalho na época (Governo Prodi). O primeiro projeto de lei, entretanto, era de 12.04.95, ainda no Governo Dini, e pretendia disciplinar contratos por tempo determinado, trabalho de safra e outras formas atípicas de trabalho. Essa lei delegava (artigo 16, parágrafo 5) ao Governo poderes para adequar as normas existentes nos nove meses seguintes. Com base nessa delegação foram promulgados os Decretos Legislativos 280, de 07.08.97, e 468, de 01.12.97.

11 Essa modalidade de contrato, de fornecimento de trabalho temporário, era proibida pela Lei 1.369, de 23.10.60, que estabelecia o contrato por tempo indeterminado como principal relação de trabalho. O “*lavoro interinale*” foi suprimido em 2003.

era possível contratar a termo em causas especificamente indicadas na lei ou no contrato coletivo (Lei nº 230, de 18.04.62), mas passou a ser possível contratar por até 36 meses por razões “de caráter técnico, produtivo, organizativo ou substitutivo” (Decreto-Lei nº 368/2001, art. 1º, § 1º) apontadas pelo empregador. Tratava-se, portanto, de uma norma de causalidade aberta, que facilitava fortemente a adoção do contrato a termo. É importante destacar, entretanto, que, ao se recepcionar na Itália modificações de tal amplitude e profundidade, manteve-se a antiga leitura de que o contrato por prazo indeterminado seria um “modelo de destino”, ao qual retornariam todas as hipóteses em que a flexibilidade fosse reconhecida ilegítima ou que fosse ultrapassado o termo previsto. Há sempre um traço de transitoriedade nas intenções legislativas e percebe-se sempre a nostalgia do contrato por prazo indeterminado e estabilizado, cada vez mais difícil de ser alcançado.

A Lei nº 30, de 14 de fevereiro de 2003, conhecida como Lei Biagi<sup>12</sup>, delegou ao governo pelo prazo de um ano a adoção de decretos legislativos que atendessem aos princípios e critérios nela fixados, entre os quais a agilização e simplificação dos procedimentos de oferta e contratação de trabalho; a modernização e racionalização do sistema público de colocação; a manutenção de sistemas administrativos para conciliação das controvérsias individuais e plúrimas de trabalho; o incentivo das formas de coordenação entre operadores públicos e privados para facilitar o funcionamento do mercado de trabalho; a eliminação da intermediação de mão de obra exclusivamente por meio de empresa de trabalho temporário e a autorização de forma mais ampla da terceirização de mão de obra (*sommistrazione di manodopera*), inclusive por prazo indeterminado; a reforma dos contratos de estágio e dos cursos de requalificação dos empregados; e a regulação dos contratos a tempo parcial, os contratos por chamada (intermitentes ou ocasionais).

Oriundo dessa delegação, o Decreto Legislativo 276, de 10.09.03, disciplinou grande quantidade de institutos e contratos, como as agências governamentais de emprego (art. 4º), o monitoramento estatístico e as sanções penais e administrativas. Os aspectos mais relevantes, entretanto, estavam na regulação mais detalhada da terceirização (art. 20 a 28), com várias regras sobre fraude, responsabilidade civil e previdenciária, da empreitada (art. 29),

---

12 Essa lei é conhecida por esse nome como uma espécie de homenagem a Marco Biagi, jurista e professor de direito do trabalho assassinado por um comando das Novas Brigadas Vermelhas em 19.03.02, um ano antes da aprovação da lei, justamente por ser o promotor das reformas. Essa lei, entretanto, também é conhecida por Lei Maroni, este o Ministro do Trabalho no primeiro governo Berlusconi. O projeto de lei foi apresentado ao Senado em 15.11.01 e aprovado em 25.09.02. Em 30.10.02 a Câmara dos Deputados o modificou e reenviou ao Senado, que o aprovou definitivamente em 05.02.03.

da cessão de mão de obra (art. 30), da solidariedade em caso de empreitada (art. 32, § 2º), do trabalho intermitente (arts. 33 a 40), do trabalho de equipe (“lavoro ripartito” – arts. 38 a 45), do trabalho a tempo parcial (art. 46), do contrato de aprendizagem (arts. 48 a 53), do contrato de inserção (arts. 54 a 60), do trabalho por projeto (arts. 60 a 69) e do trabalho ocasional de tipo acessório remunerado por carnê de bônus (arts. 70 a 74). Além disso, revogou-se a Lei nº 1.369/1960, que proibia a intermediação da mão de obra, e os artigos 1º a 11 da Lei nº 196/1997, que regulavam o trabalho temporário.

Um dos efeitos mais visíveis dessas alterações legislativas é o surgimento de um complexo de categorias jurídicas que passam a integrar o denominado trabalho parassubordinado, também chamado de “co.co.co”. Os artigos 2094 e 2222 do Código Civil italiano tradicionalmente distinguem o trabalhador autônomo do empregado pelo critério da subordinação; o trabalho de coordenação, situado entre ambos, permaneceu por muito tempo, nos termos do item 2 do art. 409 do CPC italiano, restrito às “relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizem em uma prestação de obra continuada e coordenada, prevalentemente pessoal, mesmo se não em caráter subordinado”, reguladas na prática somente pela Lei nº 204, de 03.05.85. A partir das modificações realizadas pelo referido “Pacote Treu”, passaram a ser introduzidos na realidade trabalhista vários contratos de colaboração, coordenação e continuidade (“co.co.co.”), grande parte utilizada abusivamente para substituir contratações que, a rigor, enquadravam-se como de trabalho subordinado. O Decreto Legislativo 276/2003 é o ápice desse processo, pois, embora tivesse entre suas finalidades a de sanar as contradições verificadas nas contratações atípicas, para dar conta disso criou o contrato de colaboração por projeto, que passou a ser conhecido como “co.co.pro”, distinguindo-se do sistema anterior basicamente por prever duração determinada ou determinável para esse trabalho.

Ao aumentar esse arquipélago de contratos de trabalho subordinados alternativos ao modelo clássico, o Decreto Legislativo 276/2003 fraturou o sistema normativo que se baseava anteriormente em uma contraposição “natural” entre trabalho autônomo e subordinado. Essa tendência a uma multiplicidade de contratos atípicos, entretanto, curiosamente não rompe com essa dicotomia, mas de certa forma a radicaliza. A leitura continuou a ser do contrato por prazo indeterminado como um “modelo de destino” no qual desaguardariam os transitórios modelos alternativos, propostos como meio de suprir uma suposta emergência. Assim, ao contrato por prazo indeterminado retornariam todas as hipóteses em que a flexibilidade fosse reconhecida ilegítima.

## DOCTRINA

A legislação trabalhista continuou a ser modificada por decretos legislativos posteriores e, principalmente, pela Lei nº 247, de 24.12.07, do Governo Prodi, que devido ao Protocolo do Bem-Estar Social, firmado em 23 de julho de 2007, introduziu várias inovações, entre as quais a abolição do contrato de terceirização por tempo indeterminado e o trabalho por chamada. Essas alterações posteriores a 2003, entretanto, limitaram-se a melhorar ou revogar institutos já estabelecidos.

A maior parte das modificações realizadas até 2012 consistiu em promover novas formas de contratação do trabalho (flexibilidade de entrada) e seguiu a estratégia europeia para o emprego de 1997, que conduziu à estratégia de Lisboa em março de 2000, com o objetivo principal de reformar o mercado de trabalho para tornar a Europa “a economia mais competitiva e dinâmica do mundo baseada sobre o conhecimento”. Essa política tentava se equilibrar na estratégia de equilíbrio social, por meio daquilo que passou a ser denominado de “flexissegurança”, equilibrando ao mesmo tempo elementos de flexibilidade nas relações de trabalho e segurança social, combinação essa sempre calcada em maior ou menor parte no subsídio aos desempregados.

O contrato de terceirização da mão de obra, introduzido no ordenamento jurídico italiano pelos artigos 1º a 11 da Lei nº 196/1997, posteriormente revogados, passou a ser disciplinado pelos artigos 4 a 7, 20 a 28 e 86 do Decreto Legislativo 276/2003, com as modificações produzidas pelo § 46 do art. 1º da Lei nº 247/2007, que revogou a terceirização por prazo indeterminado. No sistema italiano, portanto, é utilizável a intermediação de mão de obra por tempo determinado, a qual se pode legitimamente recorrer caso estejam presentes “razões de caráter técnico, produtivo, organizativo ou substitutivo”, ainda que façam parte da atividade ordinária (principal) do tomador dos serviços.

A Lei nº 92, de 28 de junho de 2012 (Reforma Fornero), introduziu formas de flexibilidade do trabalho “na saída”<sup>13</sup>, reduzindo a aplicação do art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores (Lei nº 300, de 20.05.70), como tentativa de enfrentar a gravíssima crise financeira que explodiu no verão de 2011. Esse artigo 18 do Estatuto dos Trabalhadores já havia sido modificado pela Lei nº

---

13 Como bem destaca Santoro-Passarelli, essa lei “inverte o movimento do pêndulo, pois o objetivo declarado do legislador é aquele de entorpecer a assim dita flexibilidade de entrada, isto é, as várias tipologias contratuais de admissão do pessoal, e flexibilizar a disciplina da despedida, pois a finalidade declarada do legislador era a de limitar o âmbito de aplicação da reintegração ao ponto de quase considerá-la sanção excepcional comparada com a sanção de ressarcimento para a despedida injustificada” (SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1/XXV, 2015, p. 2). As políticas adotadas até então de facilitar a contratação por meio de contratos menos protetivos (flexibilidade de entrada) são modificadas para facilitar a despedida ou diminuir seus custos (flexibilidade de saída).

108, de 11.05.90, e trata dos efeitos da declaração de nulidade, pelos juizes, da despedida de trabalhadores. O efeito normal previsto nessa lei era a reintegração no emprego com pagamento integral dos salários e demais benefícios. Uma das principais medidas da Reforma Fornero foi justamente a de reescrever o art. 18 para tornar mais flexível o mercado de trabalho, diminuindo os custos da despedida para as empresas e introduzindo maior rapidez e certeza jurídica nas controvérsias relativas à despedida<sup>14</sup>, na linha discursiva de que é necessário aumentar a certeza do direito. Também se explicitou o objetivo de “contribuir para a criação de ocupações, em quantidade e qualidade”<sup>15</sup>.

Como descreve Santoro-Passarelli, “a Lei nº 92/2012 continua a estabelecer que a despedida desprovida de justa causa e de justificado motivo é ilegítima, mas, de frente a essa ilegalidade, não prevê uma única sanção, a de reintegração, mas a reintegração em determinadas hipóteses e em outras hipóteses a sanção ressarcitória”<sup>16</sup>. Grande parte da controvérsia sobre o enquadramento dos casos reais em uma ou outra hipótese sempre esteve ligada à regra que determina a aplicação da reintegração quando o juiz admite a “manifesta insubsistência do fato colocado como base para a despedida por justificado motivo objetivo” (art. 18, § 7º, da Lei nº 300/1970 com as modificações produzidas pela Lei nº 92/2012), o que ocorreria nos casos em que o motivo alegado fosse evidentemente um pretexto<sup>17</sup>, estivesse totalmente errado<sup>18</sup>, fosse um mero capricho<sup>19</sup> ou faltasse “prova da impossibilidade de recolocar de forma útil o trabalhador”<sup>20</sup>. Para muitos o uso desse adjetivo acrescenta pouco no plano substancial e se destina a “reforçar a própria modalidade de decisão do juiz e também para evidenciar que na intenção do legislador a reintegração age como *extrema ratio*”<sup>21</sup>.

14 MAZZOTTA, Oronzo. I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori. *WP CSDLE Massimo D'Antona.It.* n. 159/2012, p. 2.

15 Circular 18, de 18.07.2012, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

16 SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 2.

17 MARESCA, Arturo. Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori. *Bollettino Adapt.it.*, 25 settembre 2012, p. 18.

18 VALLEBONA, Antonio. L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori. *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3/XXII, 2012, Giuffrè Editore, p. 622 e 624.

19 Liso, com propriedade, aponta (LISO, Franco. Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero, p. 3) que há duas possibilidades de interpretação desse adjetivo, uma favorável ao empregador por admitir que somente nas despedidas em que o motivo alegado corresponda a mero capricho haveria a reintegração e outra, mais favorável ao trabalhador, de que a reintegração é devida se ficar demonstrado que há outras possibilidades de manutenção do emprego, ainda que em outra função.

20 SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1/XXV, 2015, p. 13.

21 MARESCA, Arturo. *Op. cit.*, p. 24.

Mudança radical no sistema de sanções para a despedida ilegal, a característica dessa reforma foi a desagregação da tutela real em uma série de subsistemas que gradualmente conduzem à mera tutela econômica da despedida, sempre menos marcada pela manutenção obrigatória do trabalhador no posto de trabalho. A tutela real passa a ficar reservada a hipóteses expressamente previstas na lei, cada vez mais reduzidas<sup>22</sup>, ligadas à violação de direitos fundamentais da pessoa do trabalhador e com previsão de um máximo de ressarcimento para o período compreendido entre a dispensa e a reintegração.

O último grande conjunto de alterações legislativas é designado pelo termo *Jobs Act* para indicar informalmente a reforma do direito do trabalho promovida pelo Governo Renzi, entre 2014 e 2015. Embora trate de tema bem diverso, o termo adotado na Itália deriva do “Jumpstart Our Business Startups Act”, lei americana promulgada por Barack Obama em 2012 para favorecer as pequenas empresas. A reforma italiana esteve calcada na ideia de introduzir um novo e tendencialmente único contrato de trabalho por prazo indeterminado e com tutelas crescentes, além de criar uma agência nacional para o emprego e um subsídio universal de desemprego, simplificar as regras existentes e reformar a representação sindical<sup>23</sup>, mas já de início causou polêmica sobre sua aplicação aos servidores públicos, ante a ausência de expressa referência no Decreto Legislativo 23/2015<sup>24</sup>.

O contrato por tempo indeterminado a tutelas crescentes, estabelecido pelo *Jobs Act*, “constitui nada mais que o comum contrato por prazo indeterminado, mas significativamente incentivado por uma massiva desoneração contributiva no primeiro triênio e, de outra parte, pela introdução de uma específica disciplina de indubitável favor para as razões e os interesses da parte

---

22 CESTER, Carlo. I licenziamenti nel *Jobs Act*. *WP CSDLE Massimo D’Antona*. It. n. 273/2015, p. 4. Cester acrescenta que “a relação entre regra e exceção é quebrada, pois se antes a regra era a tutela real, esta torna-se exceção e vice versa, como resulta claro na lei de delegação, que exclui antes de tudo a reintegração para as ‘despedidas econômicas’ e a limita, pois, a hipóteses especificamente indicadas” (*op. cit.*, p. 5).

23 Essa reforma foi realizada principalmente por meio de dois instrumentos: do Decreto-Lei 34, de 20 de março de 2014, conhecido como “Decreto Poletti” em razão de o Ministro do Trabalho da época ser Giuliano Poletti, e da Lei 183, de 10 de dezembro de 2014, que delegava poderes para atuar com decretos legislativos, os quais foram apresentados em 2015 (Decretos Legislativos 22 e 23, de 04.03.2015, Decretos Legislativos 80 e 81, de 15.06.2015, e Decretos Legislativos 149, 150 e 151, de 14.09.2015). Os artigos 48 a 50 do Decreto Legislativo 81/2015, que tratavam do trabalho acessório, foram revogados pelo Decreto-Lei 25, de 17.03.2017.

24 CESTER, *op. cit.*, p. 31. A Sentença 224157 da Seção de Trabalho da Suprema Corte de Cassação, proferida em 26.11.2015, estabeleceu que essas normas também são aplicáveis aos servidores públicos, mas essa orientação foi modificada pela Sentença 11868, de 09.06.2016, que dispôs que aos empregados públicos se aplicaria o art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores, o que segundo alguns gera discriminação.

empregadora em relação às consequências da despedida ilegítima<sup>25</sup>. Esse é o arcabouço estabelecido pelo Decreto Legislativo 23/2015, que se aplica apenas aos empregados admitidos a partir dessa norma e, dessa forma, estabelece uma diferenciação considerável entre os empregados mais antigos e os contratados mais recentemente, com todas as polêmicas que cercam na Itália os tratamentos diferenciados. De outra parte, deixa clara a impossibilidade de reintegração do empregado nos casos de despedida com fundamento econômico (Lei nº 183/2014, art. 1º, § 7º, *c*) e estende a aplicação de suas regras a todos os empregados, inclusive aos das sociedades sem fins lucrativos (*organizzazioni di tendenza*), conforme artigo 9º, § 2º, do Decreto Legislativo 23/2015.

O sistema jurídico italiano continua a vedar a dispensa discriminatória, mas há uma progressiva tendência à monetarização da despedida ilegal ou à limitação dos custos de eventual reintegração. Exemplo disso é que se o juiz reconhece a inexistência de motivos suficientes para justificar a despedida, no caso de despedida por motivo objetivo justificado ou por motivo subjetivo (justa causa do trabalhador), ainda assim deve declarar extinto o vínculo de emprego na data da saída e condenar o empregador a pagar indenização equivalente a dois salários para cada ano de serviço, limitada a 24 mensalidades (Decreto Legislativo 23/2015, art. 3º, § 1º). A reintegração só será aplicada se ficar comprovada a inexistência do fato gravoso atribuído ao trabalhador ao se aplicar a justa causa, mas, ainda assim, o juiz ao determinar a reintegração defere indenização dos salários do período de afastamento com dedução do quanto o trabalhador tenha recebido em outras atividades laborativas, tudo limitado a doze mensalidades salariais (Decreto Legislativo 23/2015, art. 3º, § 2º). Por isso, embora os defensores do *Jobs Act* insistam que haveria uma tutela crescente, “em realidade não se trata senão de uma pretedeterminação da medida da indenização econômica, tanto maior quanto maior a antiguidade de serviço do trabalhador<sup>26</sup>, pois o ressarcimento está sempre limitado a um teto, a partir do qual é impossível o crescimento protetivo. Daí uma das possíveis alegações de inconstitucionalidade, por se ter ultrapassado os limites fixados pela lei delegada, que estabelecia as denominadas tutelas crescentes.

Para Bavaro<sup>27</sup>, o Decreto Legislativo 23/2015 distingue a despedida nula (art. 2º, § 1º) da despedida sem justa causa ou sem justificado motivo (art. 3º, § 1º) para defender o ponto de vista de que a reintegração no primeiro caso é plena (nulidade absoluta), com aplicação do art. 2058 do Código Civil, e no

25 CESTER, Carlo. I licenziamenti nel *Jobs Act*. *WP CSDLE Massimo D'Antona*. It. n. 273/2015, p. 15.

26 CESTER, *op. cit.*, p. 87.

27 BAVARO, Vincenzo. Profilo costituzionale del licenziamento nullo. *WP CSDLE Massimo D'Antona*. It. n. 305/2016, p. 3.

segundo caso é relativa (anulabilidade do ato). Sustenta, desse modo, que não houve reviravolta no sistema de sanções para a despedida ilícita<sup>28</sup>, porquanto as novas regras devem ser interpretadas conforme a Constituição e de acordo com decisões anteriores da Corte Constitucional, pois, do contrário, seriam violados os artigos 1º, 4º (acima referidos) e 35<sup>29</sup> da Constituição. A maioria dos juristas, entretanto, parece sustentar que a partir dessa lei houve efetiva “mudança de paradigma”<sup>30</sup>.

## 2 – RESULTADOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E JURÍDICOS DA REFORMA ITALIANA

Analizadas em seu conjunto e vistas por um olhar brasileiro, as alterações legislativas italianas chamam a atenção pelos seguintes aspectos:

a) embora sempre tenha se proposto a simplificar e melhorar o ordenamento jurídico trabalhista italiano, sempre foram bem detalhadas e até muito minuciosas, regulamentando cada modalidade de contrato criada ou alterada, inclusive nos seus aspectos previdenciários. Isso acarreta um duplo efeito: reduz a discricionariedade judicial na análise dos contratos, mas também põe em vigência variados e longos textos, difíceis de serem acompanhados e sistematizados por público não especializado, mormente em razão da técnica legislativa de seguidas referências a outros textos normativos, não apenas para revogá-los ou modificá-los, mas também para integrá-los, estendê-los e adaptá-los. Na perspectiva italiana a simplicidade reside nas alternativas de contratação, e não na quantidade de regras correspondentes, pois se parte da premissa de que quanto mais minucioso for o texto menos dúvidas suscitará. É curioso observar que as reformas trabalhistas brasileiras também sempre afirmaram o objetivo de simplificar o ordenamento jurídico, mas no sentido de diminuir os textos legais, reputados excessivos, complexos e inadequados e, por tais motivos, uma das principais causas do crônico descumprimento das leis, não assimiladas pelo público leigo;

---

28 A afirmação parece correta quanto ao sistema de sanções, mas o particular no *Jobs Act* parece ter sido o deslocamento de uma significativa parcela das hipóteses de despedida do campo da nulidade para o campo da anulabilidade. E nesse ponto parece ter ocorrido uma efetiva reviravolta no sistema jurídico, pois o tormentoso debate doutrinário reside justamente em delimitar quais casos de despedida permanecem sob o manto da nulidade e se é possível uma interpretação extensiva dessas hipóteses, os quais seriam seus limites.

29 “Art. 35. A República tutela o trabalho em todas as suas formas e aplicações. (...)”

30 BIASI, Marco. Il licenziamento nullo: chivistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”? *Working Paper ADAPT*, 22 settembre 2015, n. 183, p. 1, com referência a vários outros autores. Biasi, com razão, aponta que essa virada parece ter sido decisivamente implantada pela Lei Fornero (Lei 92/2012).

b) a grande velocidade de mudanças, a tal ponto que é difícil mensurar e analisar os efeitos que cada uma delas produziu na realidade social e econômica. É quase impossível distinguir os efeitos produzidos pela nova legislação daqueles que decorram das meras oscilações econômicas produzidas pelos instrumentos do mercado mundial. Embora por motivos diferentes, também no Brasil é praticamente impossível avaliar em termos isentos os efeitos práticos das políticas trabalhistas adotadas, seja por nossa generalizada aversão à estatística, seja por um desinteresse dos reformistas, mais preocupados com os efeitos simbólicos e discursivos das medidas adotadas;

c) inversamente ao ocorrido no Brasil, a Itália começou na década de 1980 com a flexibilidade de entrada para só bem recentemente, e com muita controvérsia, adotar a flexibilidade de saída. Talvez porque a flexibilidade de entrada no mercado de trabalho seja um dado histórico da nossa formação social e econômica, em que o trabalho sempre permaneceu em grande escala informal e precarizado, o fato é que desde 1966 a despedida sem justa causa passou a ser a normalidade das relações de trabalho no Brasil<sup>31</sup>, reputada como um direito potestativo do empregador. Em relação à Itália, a flexibilidade de entrada não apenas precarizou várias modalidades contratuais, mas também interferiu na receita e nos benefícios de previdência social, principalmente no seguro-desemprego, pois “esse subsídio do desemprego possui uma duração limitada (oito meses comparados aos quatro anos na Dinamarca ou dois anos em média na União Europeia) e não cobre todos os trabalhadores independentes (os considerados CO.CO.CO. ou CO.CO.PRO... que constituem uma grande parte dos novos postos de trabalho, sobretudo entre os jovens)”<sup>32</sup>;

d) em que pesem as várias referências lançadas nas reformas italianas, não se conseguiu coligar de forma adequada e suficiente as políticas de trabalho com programas de busca de postos de trabalho e de formação profissional para ingresso ou reingresso dos desempregados. Essa deficiência no campo administrativo minou vários dos esforços realizados;

e) a denominada flexibilidade de saída, adotada a partir da Lei Fornero e com maior vigor no denominado *Jobs Act*, é uma paradoxal e controvertida res-

---

31 Há que se ter em conta que no Brasil, mesmo antes de o FGTS ser criado pela Lei nº 5.107/66 e generalizado pela Constituição de 1988, a estabilidade no emprego já era benefício de diminuta parcela da população, seja porque se exigiam 10 anos na mesma empresa para adquiri-la (CLT, art. 492), seja porque a monetarização progressiva da despedida era a regra (CLT, art. 477), seja porque os domésticos, os rurais e os servidores públicos, os quais formavam a maior parte da população, estavam totalmente excluídos da proteção trabalhista (CLT, art. 7º).

32 TRIDICO, Pasquale. *Riforme del mercato del lavoro, occupazione e produttività: un confronto tra l'Italia e l'Europa. Sindacalismo*, n. 28, ottobre-dicembre 2014, p. 62.

posta aos problemas verificados na flexibilidade de entrada, pois se chegou a um quase consenso sobre a necessidade de reduzir ou eliminar as formas flexíveis de contratação, precarizadoras do ambiente social e politicamente desestabilizadoras. Essa necessidade política decorre do já mencionado efeito simbólico que o contrato por prazo indeterminado ainda produz sobre os italianos, como contratação típica e de destino. A dúvida que parece persistir entre os italianos é se o denominado contrato de trabalho por tutelas crescentes terá efetivamente condições de substituir “as formas contratuais atípicas, seguramente mais convenientes e ainda vigentes”<sup>33</sup>. A regularização do trabalho informal é um desafio na Itália, pois os custos da contratação por prazo indeterminado ainda são muito superiores aos das modalidades precarizadas ou da mera informalidade (*lavoro in nero*). Além disso, é sempre possível que os empregadores utilizem o contrato por tutelas crescentes apenas nos três primeiros anos e depois adotem a rotatividade da mão de obra para evitar os seus efeitos mais permanentes<sup>34</sup>;

f) as reformas italianas foram quase sempre objeto de muita discussão dos seus projetos de lei, tanto no aspecto político como no jurídico. O conjunto de reformas derivam em parte de pactos trilaterais (governo, empresas e sindicatos de trabalhadores) ou bilaterais, como o “Pacto para o trabalho” de 1996 (Governo Prodi), o “Pacto de Natal” de 1998 (Governo D’Alema) e o “Pacto para a Itália” de 2001 (Governo Berlusconi). Além disso, em vários momentos contaram com a participação de juristas dos mais variados matizes tanto na elaboração dos projetos de lei como em sua crítica acadêmica e política, realizada em períodos razoáveis de tempo<sup>35</sup>.

Muitas vezes na Itália questionam as reais possibilidades sociais e econômicas das reformas realizadas, cujos “objetivos que de tempos em tempos são utilizados para justificar a flexibilidade, mas não são atingidos”<sup>36</sup>. Com efeito,

33 TRIDICO, *op. cit.*, p. 62-63.

34 Efeito semelhante pode ocorrer no Brasil em relação às modalidades precárias recentemente criadas, como o trabalho intermitente, ou revigoradas, como o contrato a tempo parcial. A nossa tendência é adotar sempre o mecanismo mais informal possível, razão pela qual se verifica uma persistência desalentadora do trabalho escravo, que mesmo combatido mantém suas “vantagens competitivas”. Por isso, é duvidoso o sucesso do contrato de trabalho intermitente criado pela Lei 13.467/2017 como meio de eliminar ou diminuir a informalidade, até porque “arrisca substituir contratos de trabalho *standards* por contratos formalmente precários (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*, Campinas, n. 51, 2017), mormente em razão de sua baixa densidade normativa.

35 Esse é mais um diferencial em relação às reformas trabalhistas realizadas no Brasil, aprovadas de forma apressada e sem suficiente debate, assim como também elaboradas na maior parte das vezes sem participação de juristas e com baixa qualidade técnica.

36 SPEZIALE, Valerio. La mutazione genetica del diritto del lavoro. *WP CSDLE Massimo D’Antona*. It. n. 322/2017, p. 30.

para alcançar o objetivo central, que seria o de aumentar o número de postos de trabalho, é necessário, acima de tudo, investimento e inovação, tanto no campo público como no privado. Tridico resume bem essa opinião:

“Em palavras simples: a estrutura da economia de hoje não absorve mais do que essa taxa de ocupação e, ainda que fossem escravos os trabalhadores, não se aumentariam os investimentos e inovações (a taxa de desemprego dos jovens em 40% demonstra que precisamente não é uma questão de flexibilidade, mas de investimentos), pois, no final das contas, com o *direito não se cria trabalho, mas civilização e dignidade*. Enfim, as recentes políticas de austeridade reduzem em seguida a demanda agregada enfraquecendo, diretamente e indiretamente, o poder de compra dos trabalhadores. O salário indireto (a despesa pública para os serviços, saúde, educação, etc.) é cortado e as remunerações no setor público são reduzidas, com posterior agravamento da espiral recessiva na qual a economia italiana se precipitou a partir de 2008-2009.”<sup>37</sup> (grifos nossos)

Opinião semelhante é a de Maresca, que, entretanto, acrescenta outro ponto de vista:

“De fato, as normas... bem pouco podem fazer para aumentar a ocupação, ou seja, para favorecer o incremento dos postos de trabalho. Como todos sabem, são as políticas industriais voltadas para sustentar o desenvolvimento que se revelam idôneas (bem entendido, quando o sejam efetivamente) para promover tal incremento, aliás, com aquela gradualidade típica do afastamento temporal que sempre se verifica entre a retomada da produção e o aumento da demanda de trabalho.

A utilidade de uma intervenção modificativa do art. 18 persegue uma finalidade diversa: aquela que diz respeito à qualidade da ocupação.

Qualidade que resulta de um equilibrado mix entre garantias para quem presta o próprio trabalho e flexibilidade para quem se rebaixa, e que deve visar, no que respeita à ocupação e às suas formas jurídicas, ao redimensionamento do trabalho irregular, prioritariamente, e logo depois, tornar mais atrativo para as empresas o trabalho subordinado por tempo indeterminado, no que diz respeito às várias tipologias contratuais que permitem a aquisição de trabalho flexível.”<sup>38</sup>

---

37 TRIDICO, Pasquale. Riforme del mercato del lavoro, occupazione e produttività: un confronto tra l'Italia e l'Europa. *Sindacalismo*, n. 28, ottobre-dicembre 2014, p. 65.

38 MARESCA, Arturo. Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori. *Bollettino Adapt.it.*, 25 settembre 2012, p. 2.

A dúvida no caso italiano é se, efetivamente, as alterações legislativas possuiriam essa capacidade de melhorar a qualidade da ocupação, mediante diminuição do trabalho informal. No caso brasileiro, entretanto, as reformas realizadas pelas Leis ns. 13.429/2017 (Lei da Terceirização) e 14.467/2017 (reforma trabalhista) declararam objetivo oposto, pois é inequívoca a sua ideia central de que o rebaixamento da proteção jurídica dos contratos de trabalho diminui custos da produção e, conseqüentemente, aumentam de forma automática os investimentos privados e o desenvolvimento. É justamente essa perspectiva ingênua que nunca se confirmou no modelo italiano e que acabou por gerar a desesperada reviravolta nas políticas de trabalho a partir de 2012.

Com efeito, é impressionante a análise estatística realizada por Tronti<sup>39</sup> que demonstra que entre 1993 e 2001 houve incremento médio anual de 0,7% no produto interno bruto italiano, enquanto os rendimentos dos empregados, que já estavam em redução desde 1980, caíram ao ritmo médio de 0,5% ao ano, tendo caído ainda mais a remuneração dos denominados “trabalhadores autônomos” (co.co.co.). A persistência de pressão inflacionária na Itália, mesmo com a deflação salarial imposta, parece indicar que foram pelo menos insuficientes as experiências realizadas, talvez, em grande parte, em virtude da manutenção de numerosos segmentos protegidos da concorrência. O que chama mais a atenção, entretanto, é a queda no nível de investimentos observada no referido período, quando comparado ao PIB. Assim, em análise macroeconômica, é possível constatar que, embora tenha ocorrido um aumento da ocupação, esta se realizou basicamente mediante formas precárias de contratação e com diminuição da produtividade e dos investimentos. A conclusão de Tronti é inequívoca para o período de 1993 a 2003: “não obstante as privatizações e as reformas dos mercados realizadas pelos governos que se sucederam no tempo, um aumento assim vistoso dos proveitos do crescimento não comportaram um análogo melhoramento da capacidade do sistema econômico de transformar os maiores proveitos em investimentos”<sup>40</sup>. Entre 1980 e 2003 houve um aumento de praticamente 7% no nível de ocupação, mas a taxa de produtividade (diferença entre taxa de crescimento e da ocupação) se manteve aproximadamente no mesmo nível, o que significa que houve perda real de competitividade.

É difícil estabelecer se a lenta, gradual e consistente recuperação no nível de ocupação verificado na Itália a partir de fevereiro de 2015 pode ser relacionada ao *Jobs Act*, até porque os principais atos legislativos são de março

---

39 TRONTI, Leonello. Protocollo di luglio e crescita economica: l'occasione perduta. *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, n. 2/2005.

40 TRONTI, Leonello. Protocollo di luglio e crescita economica: l'occasione perduta. *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, n. 2/2005.

daquele ano e os níveis verificados em 2017 ainda estão distantes do máximo registrado no segundo trimestre de 2008<sup>41</sup>. A maior parte das vagas de trabalho abertas em 2016 foi de contratos por prazo determinado (70%) e percebe-se uma quase estabilização do mercado de trabalho em 2017, quando analisado em seu conjunto. O número de transformações de relações de trabalho por prazo determinado em prazo indeterminado, que havia aumentado entre 2014 e 2015, decresceu 34,6% em 2016.

De fato, ainda é cedo para prognósticos sobre os efeitos do *Jobs Act* no mercado, mas parece profética a afirmação de Cester, proferida em 2015, de que “a nova disciplina produzirá, presumivelmente, como acima destacado, um posterior enrijecimento em um mercado de trabalho já por si engessado e mal funcionante, freando cada vez mais a mobilidade entre diversos postos de trabalho”<sup>42</sup>. O grande risco é um aumento significativo da rotatividade de mão de obra em 2018, principalmente na indústria, com o objetivo de evitar que os admitidos em 2015 ultrapassem os três anos de contratação.

O aumento da ocupação verificado entre 2002 e 2008 na Itália foi constituído basicamente por empregos precários, com diminuição da produtividade. A visão mais realista talvez seja a de Speziale<sup>43</sup>, para quem nesse período os dados estatísticos apenas tornaram viseis trabalhadores que antes não poderiam ser enquadrados em ocupação regular<sup>44</sup>. As medidas adotadas a partir de então não conseguiram reconduzir o nível de emprego (ocupação) ao verificado em 2008. Tudo isso gera incerteza sobre o arcabouço jurídico arquitetado e sobre os limites do direito frente à realidade econômica. Nenhum efeito, contudo, pode ser comparado àquilo que Speziale chama de mudança genética do direito do trabalho: basta para isso comparar um manual de direito do trabalho italiano da década de 1980 com um da atualidade para se ter a impressão de que tratam de disciplinas totalmente diferentes<sup>45</sup>.

O direito do trabalho modificou seus objetivos na Itália porquanto a economia invadiu e colonizou o direito. Embora a quantidade de regras do direito do trabalho tenha aumentado assim como o discurso sobre a necessidade de

---

41 Informações extraídas da “Nota trimestrale sulle tendenze dell’occupazione – II trimestre 2017”, do Instituto de Estatística (Istat) e do Ministério do Trabalho.

42 CESTER, Carlo. I licenziamenti nel *Jobs Act*. *WP CSDLE Massimo D’Antona.It.* n. 273/2015, p. 18.

43 SPEZIALE, Valerio. La mutazione genetica del diritto del lavoro. *WP CSDLE Massimo D’Antona.It.* n. 322/2017, p. 30.

44 Segundo os critérios estatísticos adotados pelo ISTAT, por ocupados se entende, por convenção estatística internacional, aqueles que têm desenvolvido pelo menos uma hora de trabalho remunerada na semana, inclusive por meio de *voucher*.

45 SPEZIALE, Valerio. La mutazione genetica del diritto del lavoro. *WP CSDLE Massimo D’Antona.It.* n. 322/2017, p. 2.

proteção do trabalho, houve o aumento da subordinação do direito do trabalho à economia, na lógica desempenhada por certa análise econômica do direito.

É bem verdade que o direito do trabalho sempre esteve entrelaçado, desde as suas origens, com a economia capitalista industrial, mas isso não significa que apenas a perspectiva de redução dos custos das mercadorias seja o único objetivo econômico a ser perseguido, pois se o “trabalho, no nível da empresa individual, possui relevância econômica indiscutível sob múltiplos aspectos (custos de produção, organização do trabalho, produtividade, etc.), desempenha um papel bem superior na dimensão macro em relação a um setor produtivo ou à própria economia nacional”<sup>46</sup>.

O direito do trabalho se estabeleceu como disciplina autônoma por representar uma contratendência à hegemonia econômica, que procura tratar o trabalho, em termos econômicos e jurídicos, como mera mercadoria. O direito do trabalho surge como um dos principais instrumentos, embora não o único, de emancipação dos trabalhadores como coletividade humana, para readquirirem sua dignidade a partir da lógica da aquisição de direitos, o que nada mais é do que outro enfoque capitalista da sociedade. A constitucionalização do direito do trabalho seria o ápice dessa elaboração emancipatória e um dos elementos primordiais da sua contraposição à lógica puramente econômica. Por isso, para entender a evolução dinâmica e histórica do direito do trabalho, segundo Speziale:

“Sem dúvida, uma das chaves de leitura que justifica essa dinâmica é a eliminação ou a drástica redução da dimensão econômica da relação de trabalho. As razões são facilmente intuídas. Em primeiro lugar, o trabalhador é um sujeito que possui limites biológicos que o impedem de ser assimilado a uma máquina ou a outros fatores produtivos “inertes”, sob o perfil da resistência física à fadiga, ao desgaste, do condicionamento a patologias, etc. Ele, além disso, é uma pessoa. Portanto, é impossível separar o trabalho, entendido como bem – objeto (as energias destacáveis que podem ser cedidas no mercado de trabalho) da sua essência humana e, portanto, da esfera psicológica e do conjunto de atributos que lhe conotam a personalidade.”<sup>47</sup>

Uma análise econômica empobrecedora do direito, o reavivamento de contratualismo radical e o ressurgimento de um darwinismo ou determinismo social, sem base científica séria, mas propugnados como verdades autoevidentes,

---

46 SPEZIALE, *op. cit.*, p. 6.

47 SPEZIALE, *op. cit.*, p. 10.

tendem a expropriar a racionalidade jurídica ainda disponível. É interessante notar que essa expropriação tanto mais aumenta quanto menos se confirmam os resultados almejados por essas estratégias econômicas pomposamente adotadas. No final, a culpa pelo fracasso sempre poderá ser atribuída aos juízes ou aos juristas, ou, ainda, à fraca dose aplicada na administração do remédio, o que servirá para novas expropriações no futuro. Como afirma Speziale:

“As políticas de desregulação, portanto, não eram certamente a única opção disponível e as profundas mudanças das quais o direito do trabalho tinha necessidade poderiam realizar-se com instrumentos alternativos que garantissem tutelas adequadas ao trabalhadores. Em realidade, mais que uma resposta errada às pressões competitivas derivantes dos fenômenos já descritos, a flexibilidade do trabalho é também expressão de uma verdadeira e própria ideologia e constitui o reflexo da hegemonia cultural neoliberal.”<sup>48</sup>

Há ainda um papel a ser desempenhado pelos juristas do direito do trabalho diante de um quadro tão desalentador de pressões contra a racionalidade jurídica? Mais uma vez, parece ter razão Speziale:

“A hegemonia do pensamento econômico sobre o jurídico dificilmente cessará. Os fatores econômicos, sociais, ideológicos já descritos impedem um retorno a uma desejável maior autonomia do direito do trabalho. Essa mesma proposta, teoricamente partilhável, de um paradigma discursivo que ponha em confronto o direito do trabalho com as outras ciências sociais, em um processo comunicativo aberto e transparente, me parece desejável, mas de difícil realização. Os interesses econômicos em jogo e a hegemonia cultural de um ‘pensamento único’ feito pelas grandes instituições políticas tornam essa proposta realizável, mas certamente não em grau capaz de modificar a situação existente. O que não exclui que a abertura dos processos comunicativos seja uma estrada obrigatória. Desejo somente sublinhar que, mesmo se esse objetivo se realizasse de tal modo que determinasse um ‘situação comunicativa ideal’, a subordinação do direito do trabalho não cessaria porque as condições materiais (interesses, ideologias, controle do *mass media*, *common sense*) não são tais para favorecer a paridade entre as duas ciências no discurso comunicativo e a ‘livre competição dos argumentos’.

Não obstante todas as dificuldades descritas, não há dúvida, de outra parte, que o jurista do trabalho deva prosseguir nessa sua obra

---

48 SPEZIALE, *op. cit.*, p. 29.

de reafirmação dos caracteres constitutivos da sua matéria, sob o perfil do objeto, das metodologias, dos objetivos e dos valores perseguidos. Somente desse modo é possível reforçar a autonomia epistemológica deste ramo do direito e, ao mesmo tempo, impedir que a racionalidade econômica constitua o único parâmetro de valoração dos efeitos das normas jurídicas e de fundamento das propostas de reforma do sistema jurídico.<sup>749</sup>

Essa afirmação parece indicar a encruzilhada que atravessa o direito do trabalho no Brasil: de um lado, a racionalidade econômica tentando impor sua lógica de forma unilateral, mesmo contra todas as evidências de incorreção das trilhas abertas; de outro lado, a necessidade de manter, como fator de equilíbrio, a sobrevivência da epistemologia da nossa disciplina, não como planície em que uma corporação luta desesperadamente para não sucumbir ao dilúvio, mas como montanha que permita a esperança aos naufragos que não conseguem embarcar na única nau disponível.

## CONCLUSÕES

A principal lição que podemos extrair das reformas trabalhistas italianas parece ser a impossibilidade de controlar e prever todos os efeitos de modificações profundas no mercado de trabalho. Propostas muitas vezes honestas, sérias e democraticamente debatidas não conseguiram atingir seus propósitos e o elevado grau de experimentalismo tende mais a gerar dúvidas e insatisfações do que a melhorar as condições sociais existentes. Entre um darwinismo social que propugne a total submissão do direito à economia neoliberal e outro darwinismo que negue toda possibilidade de se modificar essa realidade por meio da racionalidade jurídica, é necessário defender um direito do trabalho que esteja preocupado com as consequências concretas que o ordenamento jurídico pode produzir sobre as pessoas, principalmente aquelas que não conseguem ver assegurado seu direito ao trabalho. Para isso, é indispensável um amadurecimento democrático que permita conciliar desenvolvimento com respeito aos direitos fundamentais e diminuição das desigualdades econômicas e sociais.

Em país que adota há muitos anos tanto a flexibilidade de entrada como a de saída da mão de obra, parece haver pouco espaço para aumento da flexibilidade, mas há sempre, e ainda, uma última bastilha a ser derrubada, que é a simbólica: a crença na capacidade de o povo brasileiro cumprir com os objetivos fixados no art. 3º da Constituição, cujo texto é sempre necessário relembrar

---

49 SPEZIALE, *op. cit.*, p. 65.

## DOCTRINA

para não ser varrido por um determinismo econômico e histórico: “I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O que há por trás de muitas das propostas interpretativas em voga e da própria reforma trabalhista brasileira é a ideia de que tais objetivos são inalcançáveis e que a única realidade existente é a do mercado econômico.

Os resultados das reformas italianas demonstram a falácia desse argumento. É possível afirmar que, apesar de tudo, a sociedade italiana continua a acreditar na possibilidade de melhoria social e econômica de seu povo por meio de suas decisões político-jurídicas. Seus vaivéns jurídicos nos impõem reflexão e podem nos prevenir contra novos erros. Entre as constatações mais evidentes que decorrem da experiência italiana estão as vantagens de um maior detalhamento das alterações legislativas, a necessidade de maior abertura para o debate e de tempo para sedimentar propostas e obter consensos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAVARO, Vincenzo. Profilo costituzionale del licenziamento nullo. *WP CSDLE Massimo D’Antona.It.* n. 305/2016. Disponível em: <<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Profilo-costituzionale-del-licenziamento-nullo/5529.aspx>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BIASI, Marco. Il licenziamento nullo: chivistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”? *Working Paper ADAPT*, 22 settembre 2015, n. 183. Disponível em: <<http://www.bollettinoadapt.it/il-licenziamento-nullo-chiavistello-o-grimaldello-del-nuovo-sistema-a-tutele-crescenti/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CESTER, Carlo. I licenziamenti nel Jobs Act. *WP CSDLE Massimo D’Antona.It.* n. 273/2015. Disponível em: <<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/I-licenziamenti-nel-Jobs-Act/5444.aspx>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

DE LUCA, Michele. Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata. *WP CSDLE Massimo D’Antona.It.* n. 251/2015. Disponível em: <<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Contratto-di-lavoro-a-tempo-indeterminato-a-tutele-crescenti-e-nuovo-sistema-sanzionatorio-contro-i-/5390.aspx>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

FERRARIO, Susanna. Brevi note in materia di diritto del lavoro. *Archivio del Lavoro*. 21.06.2012. Aula Magna. Disponível em: <[http://www.archiviolavoro.it/sites/www.archiviolavoro.it/files/progetti/files/Diritto%20del%20Lavoro\\_pillole.pdf](http://www.archiviolavoro.it/sites/www.archiviolavoro.it/files/progetti/files/Diritto%20del%20Lavoro_pillole.pdf)>. Acesso em: 8 dez. 2017.

LISO, Franco. Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero. *Giuslavoristi.com*. Disponível em: <<http://old.giuslavoristi.it/sezioni-regionali/lazio/osservatorio-legge-922012/dottrina/290-prof-franco-liso>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

## DOCTRINA

MARESCA, Arturo. Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori. *Bollettino Adapt.it.*, 25 settembre 2012. Disponibile em: <<http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/22306marescalicenziam.pdf>>. Accesso em: 8 dez. 2017.

MAZZOTTA, Oronzo. I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori. *WP CSDLE Massimo D'Antona.It.* n. 159/2012. Disponibile em: <<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/I-molti-nodi-irrisolti-nel-nuovo-art-18-dello-Statuto-dei-lavoratori/3687.aspx>>. Accesso em: 8 dez. 2017.

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*, Campinas, n. 51, 2017.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. *Diritto delle Relazioni Industriali*, n° 1/XXV, 2015, Giuffrè Editore. Disponibile em: <[http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2014/11/santoropassarelli\\_ant\\_dri\\_2015\\_1.pdf](http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2014/11/santoropassarelli_ant_dri_2015_1.pdf)>. Accesso em: 10 dez. 2017.

SPEZIALE, Valerio. La mutazione genetica del diritto del lavoro. *WP CSDLE Massimo D'Antona.It.* n. 322/2017. Disponibile em: <<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/La-mutazione-genetica-del-diritto-del-lavoro/5611.aspx>>. Accesso em: 11 dez. 2017.

TRIDICO, Pasquale. Riforme del mercato del lavoro, occupazione e produttività: un confronto tra l'Italia e l'Europa. *Sindacalismo*, n. 28, ottobre-dicembre 2014, p. 61-92.

TRONTI, Leonello. Protocollo di luglio e crescita economica: l'occasione perduta. *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, n. 2, 2005.

VALLEBONA, Antonio. L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori. *Diritto delle Relazioni Industriali*, Giuffrè Editore, n. 3/XXII, 2012, p. 621-627.

# O FIM DO TRABALHO COMO SE CONHECE NO BRASIL

Marcio Pochmann\*

No período que compreende as décadas de 1910 a 1980, a interrupção da primeira onda de globalização capitalista permitiu a proliferação dos Estados nacionais comprometida, em geral, com o ingresso na sociedade urbana e industrial. Para tanto, houve a difusão de políticas públicas de regulação da competição capitalista em várias dimensões no espaço nacional (social, econômico, político e cultural).

Antes disso, a prevalência da primeira onda de globalização centrada na Inglaterra (1870-1914) assentava-se na organização capitalista através dos impérios e suas relações com as respectivas colônias. Mesmo aos poucos países existentes, a escassa política pública encontrava-se associada ao Estado mínimo enquanto produto da hegemonia da ordem econômica liberal vigente à época.

A desconstituição do sistema colonial a partir da primeira grande Guerra Mundial possibilitou o surgimento de mais de 150 novos países no mundo, especialmente com o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945. Em função disso, a economia de cada país terminou sendo subordinada à soberania e autonomia do desenvolvimento das políticas públicas de regulação em diversas dimensões do espaço nacional.

Nesse contexto que o Brasil criou as condições, através da Revolução de 1930, para implementar o seu projeto nacional de desenvolvimento patrocinador de passagem da primitiva sociedade agrária para a sociedade urbana e industrial. Por mais de meio século, o avanço da regulação capitalista nas dimensões econômica, social, política e cultural avançou consideravelmente diante da ascensão do Estado moderno no país.

Como produto de sua época, a CLT buscou convergir, sistematizar e generalizar o conjunto diverso e fragmentado de legislações estabelecidas até a década de 1930 pela força de categorias específicas de trabalhadores, o que permitiu o trabalho em novas bases. Combinada ao dinamismo da industriali-

---

\* *Professor do Instituto de Economia e pesquisador do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, ambos da Universidade Estadual de Campinas.*

## DOCTRINA

zação, a expansão do trabalho regulado pela CLT favoreceu o inédito salto de uma grande classe média assalariada e ampla parcela da classe trabalhadora industrial, deixando para trás as situações das ocupações próximas da escravidão ainda presentes na República Velha (1889-1930).

Dessa forma, a sociedade salarial foi se constituindo demarcada pelo movimento inédito de estruturação do mercado de trabalho. Embora não tivesse alcançado o mesmo patamar do trabalho regulado verificado nos países desenvolvidos, o Brasil concedeu passos importantes e inegáveis nesse sentido.

Tudo isso, contudo, vem sendo modificado consideravelmente desde a década de 1980, com a emergência de uma segunda onda de globalização capitalista. A sua principal força propulsora tem sido as Corporações Transnacionais, que pela desregulação decorrente do receituário neoliberal impõem seus interesses contrários às políticas públicas tributárias, ambiental, social, trabalhista, entre outras.

O processo de desregulação em curso enfraquece a soberania e autonomia das políticas públicas, cada vez mais subordinadas a ordem econômica de caráter neocolonial. Nessas circunstâncias que a reformulação do sistema de proteção social e trabalhista vem rapidamente ocorrendo desde o segundo semestre de 2016 no Brasil.

Por conta disso, parte-se do pressuposto que a reforma trabalhista e a generalização da terceirização fundamentam-se tanto no abandono da sociedade urbana e industrial como na aposta da nova sociedade de serviços. Diante da inequívoca alteração na infraestrutura produtiva, sobretudo do que resultará do curso da mais grave e profunda recessão econômica, o seu impacto parece inegável tanto na estrutura da sociedade como em sua superestrutura representada por suas instituições e regulações.

Desde os anos de 1900 que o esgotamento da industrialização vem dando lugar a outro sistema econômico assentado nos serviços sob a dominância do rentismo financeiro ao lado da dependência da produção e exportação de produtos primários. Com essa transformação na infraestrutura produtiva, a estrutura da sociedade salarial passou a sofrer as consequências do enxugamento tanto da classe média assalariada como da velha classe trabalhadora industrial.

Em consequência, ocorreu a emergência da nova classe trabalhadora de serviços e da classe média proprietária. Até mesmo a tradicional burguesia industrial se converteu rapidamente na tradicional burguesia comercial e financeira.

Nesse sentido, as políticas públicas de regulação herdeiras da industrialização nacional encontraram no ciclo político da Nova República (1985-

2014) base fecunda para sua ampliação. Ainda que não houvesse correlação de forças suficientes para a implementação das necessárias reformas estruturais no capitalismo brasileiro, conforme originalmente previstas no documento do PMDB (Esperança e Mudança), em 1982, a estabilidade do regime político democrático, o mais longo da História nacional, impediu a desregulação das políticas públicas em suas várias dimensões.

A ascensão do novo governo desde o ano de 2016 encerra o ciclo político da Nova República, trazendo consigo o receituário derrotado democraticamente nas eleições presidenciais desde 2002. O esvaziamento da soberania e da autonomia do Estado nacional decorre da aceitação das atuais forças políticas de ingressar no sistema neocolonial assentado na segunda onda de globalização capitalista.

A desregulação das políticas públicas, em especial a social e trabalhista, aponta para o fim do trabalho como até então se conhecia, tendo em vista a desestruturação da sociedade salarial imposta tanto pela ampliação da nova classe trabalhadora de serviços e abrangência da classe média proprietária como pela desconstituição do emprego público no Brasil. E é isso que as páginas a seguir buscam descrever.

### REGULAÇÃO E DESREGULAÇÃO DO TRABALHO

A longa e gradual jornada de efetivação da regulação do mundo do trabalho no Brasil encontrou o seu descenso com a interdição do governo democraticamente eleito em 2014. Com o impedimento da presidenta Dilma em 2016, uma série de projetos liberalizantes da legislação social e trabalhista que se encontrava represada desde a ascensão da nova Constituição Federal, em 1988, passou a ser a descortinada.

Mas a atual desregulação não se constituiu a única desde a Revolução de 1930, quando teve início a implantação das bases atuais do sistema de regulação social e trabalhista. Com a transição da velha sociedade agrária para a urbana e industrial, o mundo do trabalho conheceu quatro fases distintas de desregulação, nenhuma, contudo, comparável a atual.

Até a década de 1930, o mercado nacional de trabalho encontrava-se em construção. Por oito décadas desde 1850, com as restrições ao tráfico de escravos e a implantação da lei de terras, a transição para o capitalismo foi gradualmente criando o mercado de trabalho. Com a implantação do projeto nacional de urbanização e industrialização a partir da Revolução de 1939, a

## DOCTRINA

condição anterior dos mercados regionais de trabalho foi sendo superada pela implantação de um sistema nacional de regulação pública do trabalho.

Mesmo diante da passagem do Império para a República em 1889, a regulação do mercado de trabalho terminou sendo postergada frente à prevalência da situação de “liberdade do trabalho” definida pela primeira constituição republicana, em 1891. Nem mesmo a aprovação, em 1926, da Emenda Constitucional nº 29, que possibilitou ao Congresso Nacional legislar sobre o tema do trabalho, alterou a perspectiva liberal de manter o Estado fora da regulação social e trabalhista.

Durante a República Velha (1889-1930) prevaleceu o projeto de branqueamento populacional herdado do Império (1822-1889), que se constituiu no ingresso de imigrantes brancos para os principais postos de trabalho livre. Com isso, a maior parcela dos brasileiros permaneceu excluída do ingresso no modo de produção capitalista, uma vez que a elite agrária entendia que a presença indígena, negra e miscigenada responderia pelo atraso nacional.

Assim, o Brasil registrou pelo censo demográfico de 1940 que cerca de 2/3 do total da população era constituída por brancos. Quase sessenta anos antes, a população não branca (indígenas, negros e miscigenados) representava quase 2/3 do total de residentes, segundo o censo demográfico de 1872.

A partir da Revolução de 1930, contudo, a regulação do trabalho foi se constituindo enquanto novidade difundida fragmentadamente, segundo pressão localizada de categorias mais fortes de trabalhadores. Exemplo disso foi a legislação de 1932, que obrigou os estabelecimentos urbanos a contratarem pelo menos 2/3 dos seus empregados de trabalhadores nascidos ou naturalizados no país, o que favoreceu a inclusão da mão de obra nacional (negros e miscigenados) e as restrições à imigração.

Após uma década de embates, com avanços pontuais na implantação de um conjunto de leis dispersas na regulação do emergente emprego assalariado, foi implementada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no ano de 1942. Somente com o regime político autoritário do Estado Novo (1937-1945) que o sistema nacional de regulação pública do trabalho pode ser, enfim, implementado.

Mesmo assim, a maior parte dos trabalhadores terminou sendo excluída do código do trabalho diante da oposição liberal conservadora dos proprietários rurais, antiga força dominante na República Velha de permitir a chegada da regulação pública do trabalho no meio rural. A contrarrevolução de 1932

expressou muito bem a oposição do conservadorismo agrário à modernização das relações capital-trabalho.

Somente duas décadas após a aprovação da CLT, com a aprovação do Estatuto do Trabalhador Rural, em 1963, que a possibilidade de incorporação lenta e gradual do trabalho rural no sistema de regulação pública do trabalho passou a funcionar. Além disso, um verdadeiro adicional de medidas complementares foi sendo introduzido, como o 13º salário, a assistência e aposentadoria do trabalhador rural, entre outras.

Mas foi somente pela Constituição Federal de 1988, ou seja, 45 anos após a implementação da CLT, que os trabalhadores rurais passaram a ter direitos equivalentes aos empregados urbanos, embora ainda hoje tenham segmentos dos ocupados sem acesso à regulação social e trabalhista. Na década de 1940, por exemplo, a CLT atingia menos de 10% dos trabalhadores, enquanto no ano de 2014, cerca de 2/3 dos empregados encontravam-se submetidos ao sistema de regulação pública do trabalho.

Diante disso, destaca-se o aparecimento de uma primeira fase de desregulação da legislação social e trabalhista transcorrido durante a segunda metade da década de 1960, com a ascensão da Ditadura Militar-Civil (1964 – 1985). Na oportunidade, a implantação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por exemplo, não apenas interrompeu a trajetória de estabilidade no emprego, como inaugurou enorme rotatividade na contratação e demissão da mão de obra no Brasil.

A taxa de rotatividade que atingia 15% da força de trabalho ao ano na década de 1960 rapidamente foi acelerada, aproximando-se da metade dos empregos formais do país. Com isso, deu-se a generalização do procedimento patronal de substituir empregados de maior salário por trabalhadores de menor remuneração, o que tornou o tempo de trabalho na mesma empresa concentrado em poucos estabelecimentos, especialmente no setor público e na grande empresa privada.

Na política salarial vigente entre 1964 e 1994, o resultado foi, em geral, a perda do poder de compra do rendimento dos trabalhadores, sobretudo no valor real do salário mínimo, que atende a base da pirâmide distributiva do país. Diante da significativa expansão da produtividade do trabalho, os salários perderam a corrida não apenas para a inflação, mas também para os ganhos de produtividade, o que terminou por contribuir ainda mais para o agravamento da desigualdade de renda no Brasil.

Essa segunda fase da desregulação se caracterizou por deslocar a evolução dos rendimentos do trabalho do comportamento acelerado da produtivi-

dade, trazendo, por consequência, a prevalência de uma economia industrial de baixos salários. Ao mesmo tempo, uma enorme desigualdade se fortaleceu tanto intrarrenda do trabalho, revelada pela relação entre as altas e as baixas remunerações, como entre o rendimento do trabalho e as demais formas de renda da propriedade (juros, lucros, aluguéis e outras).

A terceira fase da desregulação do trabalho pode ser constatada na década de 1990, com a dominação de governos com orientação neoliberal. Dessa forma, assistiu-se à generalização de medidas de liberalização da contratação de trabalhadores por modalidades abaixo da orientação estabelecida pela CLT. Entre elas, a emergência desregulada da terceirização dos contratos em plena massificação do desemprego e precarização das relações de trabalho.

A partir da metade da década de 2010, todavia, uma quarta fase da desregulação das leis sociais e trabalhistas foi desencadeada. Com a aprovação da lei geral da terceirização e da reforma trabalhista, a septuagenária CLT foi profundamente modificada como jamais identificada nas fases anteriores da desregulação do trabalho.

A atualidade da reformulação encontra-se inserida na lógica da desconstituição do trabalho tal como se conhece, pois integra o novo sistema da *UBERização* do trabalho no início do século XXI. Isso porque o modo UBER de organizar e remunerar a força de trabalho distancia-se crescentemente da regularidade do assalariamento formal, acompanhado geralmente pela garantia dos direitos sociais e trabalhistas.

Como os direitos sociais e trabalhistas passam crescentemente a ser tratados pelos empregadores e suas máquinas de agitação e propaganda enquanto fundamentalmente custosos, a contratação direta, sem direitos sociais e trabalhistas, libera a competição individual maior entre os próprios trabalhadores em favor dos patrões. Os sindicatos ficam de fora da negociação, contribuindo ainda mais para esvaziamento do grau de organização em sua própria base social.

Ao depender cada vez mais do rendimento diretamente recebido, sem mais a presença do histórico salário indireto (férias, feriado, previdência, etc.), os fundos públicos voltados ao financiamento do sistema de seguridade social enfraquecem quando não contribuem para a prevalência da sistemática do rentismo financeiro. Nesse sentido, a consolidação da nova classe trabalhadora do precariado assenta-se na expansão dos serviços e das ocupações de renda intermediária dos proprietários de micro e pequenos negócios.

## A DESESTRUTURAÇÃO DA SOCIEDADE SALARIAL

A confirmação da interrupção do governo Dilma concedeu inédita força ao retorno da era da desregulação das políticas sociais e trabalhistas, conforme estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Apesar da decadência do padrão de industrialização e regulação fordista em 1990, o Brasil postergou seus efeitos destrutivos para o trabalho com o avanço das políticas públicas no âmbito do ciclo político da Nova República (1985-2014).

Pelo novo arranjo político encadeado desde 2016, o movimento da desestruturação da sociedade salarial ganha impulso pela desregulação das políticas públicas, apontando para uma nova estrutura social conformada pela maior polarização entre a base e o cume da estrutura social. Assiste-se, assim, à transição das tradicionais classes médias assalariadas e dos trabalhadores industriais para o novo e extensivo precariado, bem como ao avanço da classe média proprietária dos pequenos negócios, o que anuncia a crescente polarização social (STANDING, 2013; BECK, 2000; POCHMANN, 2012; BRAGA, 2017).

O vazio proporcionado pela desindustrialização vem sendo ocupado pela chamada sociedade de serviço, que constitui, nesse sentido, uma nova perspectiva de mudança estrutural do trabalho como se conheceu no Brasil. Mudança essa que torna cada vez mais intenso o padrão de exploração do trabalho frente ao esvaziamento da regulação social e trabalhista e às promessas de modernidade pelo receituário neoliberal que não se realizam.

Embalados, certamente, por algum determinismo tecnológico e por saltos imaginados na produtividade do trabalho imaterial, uma nova gama de promessas foi forjada em direção à almejada sociedade do tempo livre estendida pelo avanço do ócio criativo, da educação em integral e da contenção do trabalho heterônomo (apenas pela sobrevivência). Penetrados cada vez mais pela cultura midiática do individualismo e pela ideologia da competição, o neoliberalismo seguiu ampliando apoiadores no mundo.

Com isso, surgiu a perspectiva de que as mudanças nas relações sociais repercutiriam inexoravelmente sobre o funcionamento do mercado de trabalho. Com a transição demográfica, novas expectativas foram sendo apresentadas. A propaganda de elevação da expectativa de vida para próximo de 100 anos de idade, como exemplo, deveria abrir inédita perspectiva à postergação do ingresso no mercado de trabalho para a juventude completar o ensino superior, estudar a vida toda e trabalhar com jornadas semanais de até 12 horas.

A nova sociedade pós-industrial, assim, estaria a oferecer um padrão civilizatório jamais alcançado pelo modo capitalista de produção e distribuição

## DOCTRINA

(MASI, 1999; REICH, 2002; SANTOS e GAMA, 2008). E sob este manto de promessas de maior libertação do homem do trabalho pela luta da sobrevivência (trabalho heterônomo) por meio da postergação da idade de ingresso no mercado de trabalho para somente depois do cumprimento do ensino superior, bem como da oferta educacional ao longo da vida, que o racionalismo neoliberal se constituiu.

De certa forma, trouxe o entendimento de que o esvaziamento do peso relativo da economia nacional proveniente dos setores primário (agropecuária) e secundário (indústria e construção civil) consagraria expansão superior do setor terciário (serviços e comércio) (ARON, 1981; BELL, 1973). Enfim, estaria a surgir uma sociedade pós-industrial protagonista de conquistas superiores aos marcos do possibilitado desde a década de 1930.

Estas promessas, contudo, não resultaram efetivas e tão pouco aguardadas pela modernização neoliberal de realização. Em pleno curso da transição para a sociedade de serviços, a inserção no mercado de trabalho precisa ser gradualmente postergada, possivelmente para o ingresso na atividade laboral somente após a conclusão do ensino superior, com idade acima dos 22 anos, e saída sincronizada do mercado de trabalho para o avanço da inatividade. Tudo isso acompanhado por jornada de trabalho reduzida, o que permite observar que o trabalho heterônomo deva corresponder a não mais do que 25% do tempo da vida humana.

Nesse sentido que se apresenta a perspectiva do trabalho humano. Destaca-se que na antiga sociedade agrária, o começo do trabalho ocorria a partir dos 5 a 6 anos de idade para se prolongar até praticamente a morte, com jornadas de trabalho extremamente longas (14 a 16 horas por dia) e sem períodos de descanso, como férias e inatividade remunerada (aposentadorias e pensões). Para alguém que conseguisse chegar aos 40 anos de idade, tendo iniciado o trabalho aos seis anos, por exemplo, o tempo comprometido somente com as atividades laborais absorvia cerca de 70% de toda a sua vida.

Na sociedade industrial, o ingresso no mercado laboral foi postergado para os 16 anos de idade, garantindo aos ocupados, a partir daí, o acesso a descanso semanal, férias, pensões e aposentadorias provenientes da regulação pública do trabalho. Com isso, alguém que ingressasse no mercado de trabalho depois dos 15 anos de idade e permanecesse ativo por mais 50 anos teria, possivelmente, mais alguns anos de inatividade remunerada (aposentadoria e pensão).

## DOUTRINA

Assim, cerca de 50% do tempo de toda a vida estariam comprometidos com o exercício do trabalho heterônomo. A parte restante do ciclo da vida, não comprometida pelo trabalho e pela sobrevivência, deveria estar associada à reconstrução da sociabilidade e ao estudo e formação, cada vez mais exigidos pela nova organização da produção e distribuição internacionalizada.

Isso porque, diante dos elevados e constantes ganhos de produtividade, torna-se possível a redução do tempo semanal de trabalho de algo ao redor das 40 horas para não mais que 20 horas. De certa forma, a transição entre as sociedades urbano-industrial e pós-industrial tende a não mais separar nítida e rigidamente o tempo do trabalho do não trabalho, podendo gerar maior mescla entre os dois, com maior intensidade e risco da longevidade ampliada da jornada laboral para além do tradicional local de exercício efetivo do trabalho.

Dentro deste contexto que se recoloca em novas bases a relação do tempo de trabalho heterônomo e a vida. Em geral, o funcionamento do mercado de trabalho relaciona, ao longo do tempo, uma variedade de formas típicas e atípicas de uso e remuneração da mão de obra com excedente de força de trabalho derivado dos movimentos migratórios internos e externos sem controles.

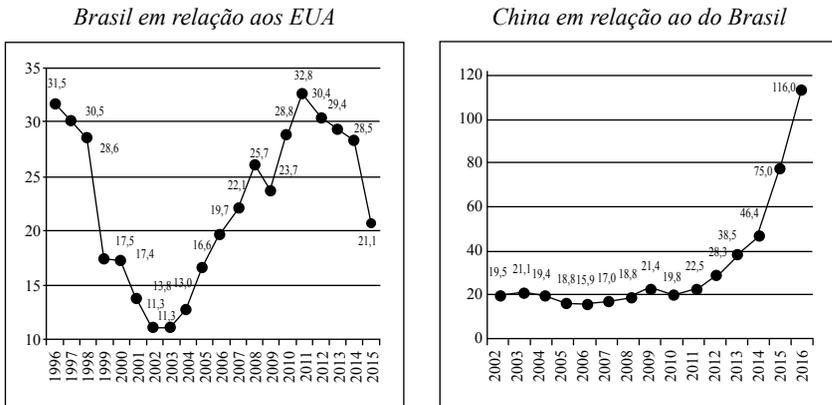
Mas tudo isso encontra-se cada vez mais distante em face da posição da maior parte dos países diante da segunda globalização capitalista protagonizada pela força da grande corporação transnacional. Ao invés da modernidade, ganha dimensão o sistema neocolonial em que a antiga soberania e autonomia das políticas públicas nacionais encontra-se substituída pela ordem econômica neoliberal que estimula a competição pelo rebaixamento da regulação nacional da tributação, do trabalho, do meio ambiente, entre outras.

No caso brasileiro, o esgotamento do ciclo político da Nova República, com o abandono de parte das forças políticas do regime democrático ao não mais aceitar o resultado eleitoral em 2014, implicou o esvaziamento da soberania e autonomia das políticas públicas. Com isso, o deslocamento das decisões internas para a agenda de interesse do sistema neocolonial em curso.

A dependência crescente da produção e exportação de produtos primários, em meio ao esvaziamento da indústria, coloca no setor de serviços sob a dominância dos rentismo financeiro o novo ordenamento do trabalho. Ou seja, a redução crescente do custo do trabalho como elemento da competição capitalista.

## DOCTRINA

Gráfico 1 – Evolução do custo do trabalho horário em dólar



Fonte: BLS/EUA (elaboração própria).

Conforme o Gráfico 1, a queda no custo do trabalho industrial no Brasil tem sido tão intensa que possibilitou desde 2016 a ser inferior ao do chinês. Sinal de que o conservadorismo da pauta patronal encontra-se em vigor, colocando sem segundo plano a opção pela modernidade dos investimentos no progresso técnico e da redistribuição dos ganhos de produtividade para todos.

Com isso, a volta da velha e conhecida condição nacional assentada na desigualdade extrema. A normalidade histórica restabelecida pelo regime político de democracia de aparência, da economia dependente do exterior e da exclusão dos pobres do orçamento público.

### DESCONSTITUIÇÃO DO EMPREGO PÚBLICO

O emprego público tal como se conhece a sua evolução desde a década de 1930 sofreu uma profunda inflexão desde a adoção da terceirização nas chamadas atividades-meio. Originalmente estabelecido na grande empresa privada, quando da substituição do modelo fordista pelo sistema toyotista de produção desde o final da década de 1960 nas economias capitalistas avançadas, a terceirização somente ganhou força no Brasil com a experiência dos governos neoliberais da década de 1990.

Mesmo assim, a flexibilização do trabalho estabelecida pela terceirização foi mediada pela regulação pública que a permitiu na forma da terceirização apenas nas atividades definidas como meio no interior do processo produtivo. Nesse mesmo sentido que a terceirização condicionada avançou no emprego tanto privado como público nos anos de 1990, quando o país aplicou um con-

junto de políticas públicas voltadas à inserção na segunda onda de globalização capitalista.

Em pleno ciclo político da Nova República, a estabilidade democrática com prevalência de correlação de forças políticas relativamente equilibradas impossibilitava a dominância de políticas públicas desreguladas. Assim, o Brasil insere-se na globalização neoliberal com resistências internas consideráveis.

Por conta disso, a terceirização avançou mediada apenas pelas possibilidades conferidas às atividades intermediárias. A externalização das funções internas da grande empresa transcorreu concentrada naquelas tanto especializadas, ocupadas por profissionais qualificados nas áreas de inteligência, planejamento, propaganda, consultoria e pesquisa, entre outras, como de base associada à segurança, asseio e limpeza, alimentação, transporte e outras.

Com isso, o emprego de serviços incrustado e disseminado no interior das grandes empresas de manufaturas, por exemplo, se deslocou para empresas menores voltadas ao atendimento dessas funções. Ou seja, iniciou-se a ascensão dos micros e pequenos negócios, que passaram a protagonizar a ascensão da classe média proprietária.

Pelo processo toyotista de produção, a antiga empresa fordista perdeu sentido, pois passou a valer o estabelecimento enxuto no emprego direto da mão de obra em suas atividades finalísticas. Tanto o emprego industrial encolheu como as ocupações de classe média assalariada se reduziram, convertidas que foram, cada vez mais, em contratos de personalidade jurídica e de empregador nos micro e pequenos negócios em ascensão.

Do setor privado, o modelo da terceirização foi levado ao setor público. No Brasil, o emprego público vem sendo afetado desde os anos de 1990, com o avanço da terceirização nas atividades não finalísticas.

Nesse sentido, o desaparecimento das tradicionais funções exercidas nas chamadas atividades-meio do setor público como secretaria, segurança, limpeza, alimentação, transporte, entre outras. Para tanto, o concurso público como meio oficial de emprego no setor público se converteu em licitação pelo menor preço para ocupar as atividades-meio no setor público brasileiro desde então.

Ainda que o movimento de desconstituição parcial do emprego público iniciado nos anos de 1990 terminasse sendo contido pelos governos dos anos 2000, a terceirização do emprego nas atividades meio no interior do setor público não foi revertido. Mesmo assim, prevaleceu a realização de concurso para o ingresso nas ocupações finalísticas do Estado, o que manteve, inclusive,

## DOCTRINA

a estabilidade nas ocupações, com planos de cargos, salários, aposentadoria e pensão, que valorizaram a função pública.

Com a aprovação da lei que generaliza a terceirização e a nova CLT, a desconstituição do emprego público ganhou novo impulso. Isso porque as funções finalísticas do Estado poderão ser incorporadas ao processo de terceirização. Ao invés do concurso público, carreiras como as de professores, assistentes sociais, segurança, entre outras, poderão ser substituídas pela forma da licitação de menor preço, conforme experiências recentes em diversas prefeituras e governos estaduais.

Dessa forma, o esvaziamento da tradicional classe média assalariada no Estado tende a fortalecer cada vez mais a ascensão da classe média proprietária dos micro e pequenos negócios. Sua presença nos processos licitatórios realizados no interior do setor público se verifica crescentemente na forma dos contratos de personalidade jurídica.

A mudança em curso na natureza do emprego público da mão de obra não representa, necessariamente, o retorno à situação vigente no Brasil até o início da década de 1930. Pela República Velha, destaca-se o papel do Estado na forma de um acessório do poder privado, com enorme instabilidade na ocupação pública, governado pelas oligarquias regionais.

Ainda que possa revelar alguma sintonia com as funções públicas provenientes do século XIX diante das possibilidades atuais que decorrem da reforma trabalhista e que apontam para o abandono do sistema burocrático-meritocrático instituído em 1938 pelo antigo Departamento Administrativo do Setor Público (DASP), o papel do Estado parece ser de outra natureza. Destaca-se, por exemplo, que o sistema DASP estabelecido em 1938 transcorreu após a racionalização, padronização e centralização das funções estatais e das compras públicas introduzidas, respectivamente, pela Comissão Permanente de Padronização, em 1930, pela Comissão Central de Compras, em 1931, e pelo Conselho Federal do Serviço Público Civil, em 1936.

Nos dias de hoje, a promoção governamental em torno da adesão no sistema neocolonial, com a desnacionalização dos ativos nacionais e a subordinação da grande corporação transnacional, o Estado continuará a deter parcela significativa do excedente econômico gerado. O que o distancia, nesse sentido, da velha experiência do Estado mínimo vigente na República Velha.

Como parcela das funções públicas passa a ser objeto da exploração econômica pelo setor privado, como na educação, saúde, segurança, assistência social, entre outros, por meio dos esquemas de concessão e privatização,

## DOCTRINA

o comprometimento da receita pública em atividade de custeio e investimento é aliviado consideravelmente. Dessa forma, o Estado torna-se cada vez mais central no financiamento e na garantia da função do rentismo financista de parte da sociedade brasileira para os próximos anos.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após sete décadas de construção de uma superior sociedade urbana e industrial, consolidaram-se, com o fim do ciclo político da Nova República, em 2016, os novos e inegáveis ingredientes regressivos da transição para a sociedade de serviços no Brasil. Do progresso registrado em torno da construção de uma estrutura social medianizada por políticas sociais e trabalhistas desde a década de 1930 e sistematizada pela Constituição federal de 1988, constata-se, neste início do século XXI, o retorno à forte polarização demarcada pela ascensão da classe média proprietária e ampla classe trabalhadora de serviços.

Por uma parte, a degradação da estrutura social herdada da industrialização fordista tem desconstituído a antiga classe trabalhadora da manufatura e a significativa parcela da classe média, o que fortalece a expansão do novo precariado. Por outra, a concentração de ganhos significativos de riqueza e renda em segmento minoritário da população gera contexto social inimaginável, onde somente parcela contida dos brasileiros detém parcelas crescentes da riqueza.

Isso porque ascende a tradicional dependência à produção e exportação de produtos primários e à nova forma do rentismo financeiro amparado pela captura do excedente obtido pelas receitas públicas. Desde 2016, portanto, o sentido da construção de padrão civilizatório superior encontra-se desfeito. O avanço possível concentra-se em poucos, enquanto o retrocesso observado serve a muitos.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGLIETTÀ, M. *Regulación y crisis del capitalismo*. México: Siglo XXI, 1979.
- ANDERSON, C. *Makers: a nova revolução industrial*. Coimbra: Actual, 2013.
- ARON, R. *Dezoito lições sobre a sociedade industrial*. Brasília: UNB/MF, 1981.
- BARBOSA, A. *A formação do mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2008.
- BECK, U. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Buenos Aires: Paidós, 2000.
- BEINSTEIN, J. *Capitalismo senil*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- BELL, D. *O advento da sociedade pós-industrial*. São Paulo: Cultrix, 1973.

## DOCTRINA

- BELLUZZO, L. Finança global e ciclos de expansão. In: FIORI, L. (Org.). *Estados e moedas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. *O novo espírito do capitalismo*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2009.
- BRAGA, J. A financeirização da riqueza. In: *Economia e Sociedade*, Campinas, IE/Unicamp, p. 25-58, 1993.
- BRAGA, R. *A rebeldia do precariado*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- CALIXTRE, A. *A condição informal*. Campinas: IE/Unicamp, 2011.
- CARDOSO, A. *Trabalhar, verbo transitivo*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.
- COATES, D. *Models of capitalism*. Oxford: Polity Press, 2000.
- DAVIS, S. et al. *The new capitalists*. Boston: HBSP, 2008.
- DIEESE. *A situação do trabalho no Brasil*. São Paulo: DIEESE, 2001.
- DRAIBE, S. *Rumos e metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- DREIFUSS, R. *Transformações: matizes do século XXI*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- ELLSBERG, M. *The education of millionaires*. New York: Penguin, 2011.
- FRIEDEN, J. *Capitalismo global*. Madrid: M. Crítica, 2007.
- FURTADO, C. *Brasil, a construção interrompida*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- GLATTFELDER, J. *Decoding complexity: uncovering patterns in economic networks*. Switzerland: Springer, 2013.
- KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- LOJKINE, J. *Adieu à la classe moyenne*. Paris: La Dispute, 2005.
- MARX, K. *Grundrisse*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MASI, D. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Brasília: UNB/JOE, 1999.
- MAZOYER, M.; ROUDART, L. *História das agriculturas no mundo*. São Paulo: UNESP, 2009.
- MELLO, J. Prólogo: A contra revolução liberal-conservadora e a tradição latino-americana. In: TAVARES, M.; FIORI, J. (Org.). *Poder e dinheiro: uma economia política globalizada*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- MELMAN, E. *Depois do capitalismo*. São Paulo: Futura, 2002.
- MILBERG, W.; WINKLER, D. *Outsourcing economics: global value chains in capitalist development*. Cambridge: CUP, 2013.
- NARODOWSKI, P.; LENICOV, M. *Geografia económica mundial: un enfoque centro-periferia*. Moreno: UNM, 2012.

## DOUTRINA

O'CONNOR, M. Is capitalism sustainable? In: *Political economy and the politics of ecology*. New Cork: Guilfort, 1994.

OCDE – ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. *Perspectives du développement mondial*. Paris: OCDE, 2010.

POCHMANN, M. *A superterceirização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. *Classes do trabalho em mutação*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

\_\_\_\_\_. Novos e velhos tempos do trabalho. In: OLIVEIRA, R. (Org.). *Novo momento para as comissões de emprego no Brasil?* São Paulo: A + Comunicação, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Brasil sem industrialização*. Ponta Grossa: UEPG, 2016.

\_\_\_\_\_. *O emprego na globalização*. São Paulo: Boitempo, 2001.

\_\_\_\_\_. *O trabalho no Brasil pós-neoliberal*. Brasília: Liber Livro, 2011.

\_\_\_\_\_. *Subdesenvolvimento e trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. What Brazil learned from flexibilization in the 1990s. *International Labour Review*, vol. 148 (3), sept., ILO, 2009.

REICH, R. *O futuro do sucesso: o equilíbrio entre o trabalho e qualidade de vida*. Barueri: Manole, 2002.

\_\_\_\_\_. *Supercapitalismo*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

ROTHKOPF, D. *Superclass: the global power elite and the world they are making*. London: L. B., 2008.

SANTOS, N.; GAMA, A. *Lazer: da conquista do tempo à conquista das práticas*. Coimbra: IUC, 2008.

STANDING, G. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

TEIXEIRA, M. et al. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas. Ie/Cesit/Unicamp, 2017.

# DURAÇÃO DO TRABALHO E A LEI Nº 13.467/2017: DESAFIOS REAIS DA SOCIEDADE DO PRESENTE NA CONTRAMÃO DA “REFORMA TRABALHISTA”

Noemia Porto\*

## INTRODUÇÃO

**N**a sociedade do presente, mundial, aberta, hiperinformada, complexa e plural, o tempo se torna uma questão central, uma experiência simultaneamente coletiva e particular, e, no limite, um bem precioso, diante das incontáveis demandas da vida privada, da vida em sociedade e da vida no trabalho. As diversas transformações sociais, que causam vertigem pela velocidade com que ocorrem, desafiam, ao menos desde o início dos anos 1990 no Brasil, as reflexões sobre se as estruturas normativas tradicionais trabalhistas de limitação de jornada seriam e são suficientes para o contexto da nova realidade de intensificação das vivências, incluindo as laborais. Todavia, antes que se pudesse avançar em estudos e pesquisas sobre quais pontos tensionavam a normatividade jurídica tradicional e a jurisprudência dos tribunais, sobreveio modificação legislativa que não apenas não incorpora esse debate atual, como, além disso, excessivamente centrada na ideia de duração como equivalente a horas do relógio, tem o claro propósito de tornar os trabalhadores mais disponíveis e vulneráveis na questão do controle dos limites de disponibilidade, sem contrapartida remuneratória.

De fato, o advento da Lei nº 13.467/2017, depois em parte modificada pela MP nº 808/2017, a qual recebeu número recorde de emendas no Parlamento (967)<sup>1</sup>, denominada de “Reforma Trabalhista”, promoveu diversas modificações em dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, dentre eles alguns rele-

---

\* *Doutora em Direito, Estado e Constituição (UnB); juíza do trabalho (TRT da 10ª Região); vice-presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA).*

1 O número espantoso de emendas apresentadas à Medida Provisória, que revela, no mínimo, o dissenso social sobre a lei federal aprovada, foi destaque na mídia. Confira-se, a propósito, reportagem do Jornal Estadão. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,mp-que-ajusta-reforma-trabalhista-ja-recebeu-mais-de-300-emendas-no-congresso,70002092184>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

vantes para a questão dos limites da duração do trabalho, mas sem incorporar demandas que interconectassem trabalho e qualidade de vida; trabalho e preservação da saúde; trabalho e produtividade nos eixos quantitativo e qualitativo; trabalho e liberdade; trabalho e reconhecimento; trabalho e cidadania.

A entrada em vigor de um texto legislativo, que não é a norma (porquanto essa demanda o contexto de aplicação), apenas inaugura uma nova e longa etapa de definição dos significados jurídicos que possam se conectar, de maneira adequada e coerente, com as demandas da sociedade do presente.

Essa unidade da diferença entre legislação e jurisdição não é nova para o sistema do direito.

Segundo Luhmann:

“Por volta do fim do século XVIII também o modelo de ordem/obediência sofre uma revisão com vistas à relação entre legislação e jurisprudência. Isso se manifesta no fato de se desistir da reserva de interpretação (*Interpretationsvorbehalt*) (*référé législatif*) do legislador, considerado até então necessário; a partir de agora não só a função da aplicação, mas também a da interpretação das leis é delegada aos Tribunais. Somente isso torna possível que se possa exigir que os Tribunais decidam todos os casos que lhes são apresentados. A ‘vinculação à lei’ torna-se assim, por sua vez, objeto da interpretação por parte do Juiz.” (1990, p. 151-152)

O presente artigo, a partir de alguns recortes, pretende lançar possibilidades para os desafios relacionados à duração do trabalho entre temas que permanecem em aberto e aqueles que estão na nova regulação legal, tendo como pano de fundo o compromisso com a Constituição, vista como prática interpretativa voltada à realização dos direitos fundamentais. Sem pretensão de esgotar a vasta temática que envolve a duração do trabalho, serão articulados a intensificação do trabalho na era contemporânea, que desafia a lógica do tempo cronológico, e a conexão indissociável entre a duração do trabalho e o primado dos direitos fundamentais; os problemas do tempo à disposição e do exercício das liberdades individuais pelo cidadão trabalhador; as supostas exceções à limitação de jornada, especialmente no caso do teletrabalho, à vista da constatação de que a Constituição de 1988 não alberga o regime de regras

especiais; e, finalmente, os limites da autonomia negocial coletiva quando se trata do tempo de vida e de trabalho dos trabalhadores<sup>2</sup>.

## 1 – O TEMPO DO TRABALHO COMO TEMPO CRONOLÓGICO E A LIMITAÇÃO DA JORNADA NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala em duração do trabalho, é importante indicar que o tema é de grande envergadura e necessariamente envolve o enigma do tempo. De fato, as questões da jornada e da remuneração pautaram historicamente a luta dos trabalhadores por melhores condições de vida e de trabalho<sup>3</sup>. A limitação da jornada, a propósito, esteve dentre as primeiras e principais providências regulatórias da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>4</sup>.

Quanto ao tempo, não se trata, evidentemente, do cronológico, porquanto se constitui num aspecto da construção social da realidade, dependente da experiência dos indivíduos, moldada, de forma singular, a partir da importante distinção entre passado e futuro<sup>5</sup>. O tempo é algo que se experimenta de modo particular.

- 
- 2 Reflexões iniciais sobre a duração do trabalho no marco de um constitucionalismo democrático de direito e questões críticas sobre os marcos regulatórios brasileiros (legislativo e judiciário) foram lançadas durante o II Seminário Internacional de Direito do Trabalho promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), em Brasília, em 28 de setembro de 2015, no 4º Painel – “Duração do Trabalho: Teoria do Tempo à Disposição, Controle Móvel de Jornada, Direito à Desconexão e Hora In Itinere” (II Seminário Internacional de Direito do Trabalho – IDP – 4º Painel. Produção do Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, IDP/EDB, 2015). Na ocasião, foi possível debater algumas ideias com o também participante do painel Ministro Douglas Alencar Rodrigues do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Para o presente artigo foram adensados os debates em torno das polêmicas modificações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 e ampliadas as referidas reflexões para aspectos que até então não eram vistos como tensionados, caso, por exemplo, da possibilidade de negociação direta entre trabalhador e empregador no tema da jornada.
  - 3 Sobre essas reivindicações historicamente relevantes veja-se, a propósito: ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2008. A partir da página 110 há abordagem específica sobre a problemática em torno do tempo de trabalho e do tempo livre.
  - 4 No histórico da organização consta que “na primeira Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1919, a OIT adotou seis convenções. A primeira delas respondia a uma das principais reivindicações do movimento sindical e operário do final do século XIX e começo do século XX: a limitação da jornada de trabalho a 8 horas diárias e 48 horas semanais. As outras convenções adotadas nessa ocasião referem-se à proteção à maternidade, à luta contra o desemprego, à definição da idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria e à proibição do trabalho noturno de mulheres e menores de 18 anos. Albert Thomas tornou-se o primeiro Diretor-Geral da OIT” (Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang—pt/index.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2017).
  - 5 Cristiano Paixão promove importante debate sobre o tempo social, trazendo à baila a definição de Luhmann, evidenciando a diferença qualitativa entre esse e o tempo-calendário e destacando que a “historicização do tempo quer dizer, então, que o próprio tempo passou a ser encarado como algo compreendido na temporalidade” (2002, p. 159). Ost, na mesma linha, defende a seguinte tese: “o tempo é

Essa referência à experiência do tempo como singular, de matriz empírica e socialmente estabelecida é importante sobretudo quando se considera que toda a estrutura normativa que foi construída ao longo dos anos em torno da duração do trabalho parece considerar como importante apenas o referencial calendário, ou seja, uma medição do trabalho pelo relógio, sem considerar o marcador social ou biológico. Assim, quando se procura sistematizar as questões jurídicas do tempo do trabalho, essencialmente há referência aos limites de oito horas diárias e de 44 horas semanais (art. 7º, XIII, da Constituição), não sendo desprezível, porém, a demanda em curso, mas não atendida, de redução da jornada para o limite de 40 horas semanais, que já foi alcançado em outros países de capitalismo avançado<sup>6</sup>.

Os descansos têm a mesma medição, ou seja, a mesma do relógio, podendo ser de 15 minutos, ou de 30 minutos, ou de uma a duas horas, a depender da duração do trabalho e da negociação coletiva (art. 71, *caput*, e §§ 1º e 2º, e art. 611-A, todos da CLT). Há, ainda, o descanso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, com duração de 24 horas (art. 7ª, XV, da Constituição, e art. 67 da CLT), além do intervalo entre as jornadas (art. 66

---

uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico” (2005, p. 12)

- 6 Desde 1995, portanto, há mais de vinte anos, tramita proposta de emenda constitucional (PEC nº 231/95) que tem a finalidade de estabelecer o limite semanal de 40 horas, considerando que a última redução de jornada no Brasil ocorreu com o advento da Constituição de 1988 e que não há prejuízo para os empresários na medida em que os estudos indicam incremento da produtividade dos trabalhadores, notadamente na perspectiva qualitativa. Encontra-se pronta para ir a plenário na Câmara dos Deputados. Outro projeto de lei, de iniciativa do Deputado Wilson Filho de dezembro de 2016, propõe a alteração do art. 58 da CLT, nos seguintes termos: “a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, nem a 40 (quarenta) horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva”. De fato, como a Constituição estabelece direitos mínimos, sem prejuízo de outros que visem à melhoria social da vida dos trabalhadores, a redução pode ser promovida por lei ordinária, não sendo necessária reforma constitucional. Na justificativa do projeto de lei há referência não apenas à média de horas trabalhadas na Alemanha, França e Espanha, como, ainda, destaque a estudo comparativo divulgado pela OIT em 2009 que indica que fábricas americanas e europeias, desde a década de 1920, passaram a ter como limite 40 horas semanais de trabalho. Esse limite, segundo o mesmo estudo citado como fundamento à proposta, não só contribui para gerar empregos como também para se alcançar o objetivo de maior equilíbrio entre trabalho e vida. Além dessas propostas, há a PEC nº 89, de 2015, do Senado Federal, que, na mesma linha das propostas antes referidas, visa a alterar o inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal, para reduzir a jornada semanal de trabalho para 40 horas (informações disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14582>>; <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1436048](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1436048)>; <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122103>>. Acesso em: 24 nov. 2017).

da CLT) e a regulação das férias (art. 7º, XVII, da Constituição, e arts. 134 e segs. da CLT). E assim sucessivamente pode ser observada a construção de elementos normativos que aliam a ideia de duração do trabalho à perspectiva do tempo cronológico.

Considerando essa aliança que tem perdurado entre normatividade jurídica e tempo cronológico, é oportuno questionar sobre se esse referencial ainda é suficiente para a questão da duração do trabalho. Certamente, homogeneidades legislativas são necessárias, mas se tornam um problema quando se fecham completamente, sem o mínimo de porosidade, às mutáveis demandas sociais.

O que se sente ou se percebe sobre o tempo do trabalho é que há uma sensação generalizada, na era contemporânea, de que a preocupação com o trabalho se tornou não apenas parte importante da vida das pessoas, mas, também, verdadeiro centro de suas vivências. A centralidade do trabalho pode ser um dos fatores que explicam uma sensação generalizada de que se trabalha muito mais atualmente do que em qualquer tempo, com mais rápido exaurimento da força física e mental em razão do trabalho. Todavia, a questão não diz respeito apenas a uma maior disponibilidade temporal, assim entendida na perspectiva cronológica, ou seja, do número de horas diárias dedicadas à atividade de trabalhar. Sem dúvida, o problema transcende esse aspecto. Há, também, em combinação complexa e multifatorial para esse fenômeno, a intensificação do trabalho potencializada pelos recursos e instrumentos tecnológicos disponíveis que possibilitam que qualquer lugar seja o espaço do trabalho. A despeito dessa intensificação do labor, o problema não tem sido considerado para a construção de medidas de caráter normativo, especialmente no campo legislativo, a fim de que se pudesse avançar na questão da duração do trabalho e dos seus (in)adequados limites.

A valorização da produtividade, do desempenho, dos critérios de mérito, da competição e da concorrência pressionam os trabalhadores a uma disponibilidade exaustiva, ou, quando menos, comprometedora, com o passar do tempo, de uma vida que possa se afirmar sob o primado da liberdade. Na questão da duração do trabalho, é possível que haja prevalência de padrões de solução normativo-jurídica do tipo fordista, mas inseridos num mundo do trabalho profundamente transformado pelos novos esquemas mundializados de produção capitalista. Assim, limites de oito horas diárias e 44 semanais, por exemplo, tipicamente fordistas, da produção em massa, com trabalhadores reunidos no espaço de “fábrica”, com contratos por prazo indeterminado, poderiam parecer adequados e suficientes, mas se revelam problemáticos quando o cenário é o da intensificação do trabalho, agora medido em números, com ameaça do

desemprego em situações de desempenho insuficiente e com trabalhadores que devem ser flexíveis, preferencialmente temporários, para atender às demandas diversas do mercado.

É destacável como exemplo da insuficiência do tempo cronológico como referencial quase exclusivo da legislação brasileira para lidar com o tempo do trabalho o caso dos trabalhadores de *telemarketing*<sup>7</sup>. A jornada é supostamente mais vantajosa, isso porque dura seis horas diárias. Muitos jovens acessam esse primeiro emprego na esperança de poder aliar estudo e trabalho. Todavia, o esgotamento, o esgotamento e o cansaço provocados por um trabalho intensificado, controlado e de grande concentração em apenas seis horas por dia revelam que muitas horas a mais são necessárias para uma mínima recuperação do trabalho desenvolvido. Esse fator de intensificação, derivado do modo como se organiza o trabalho em torno da lógica da repetição e da cobrança por metas de produtividade numérica, é um dos elementos que explicam a altíssima rotatividade do setor, além do crescente adoecimento dos trabalhadores.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, será que o conceito de jornada exaustiva, que tem permeado discussões jurídicas de diversas matrizes, passando por demandas em torno da temática das perdas e danos morais, do dano existencial e do trabalho forçado, isso para ficar em alguns exemplos, tem envolvido uma medida adequada a partir da lógica preponderante do tempo cronológico? O marco regulatório legislativo no Brasil encontra-se suficientemente atualizado para o atendimento de demandas concretas que surgem nesse contexto de complexidade quando se mantém construído sob o influxo da referência temporal?

---

7 No Capítulo 1 (“A formalidade precária: os batalhadores do *telemarketing*”), Jessé Souza (2010) aborda o crescimento do terceiro setor a partir dos anos 1990 no Brasil. Para destacar o significado concreto de trabalhos formalizados, mas, ainda assim, precários, descreve a trajetória de Rodolfo. Nesse exercício, ficam perceptíveis esses elementos como a alta rotatividade, a juventude do trabalhador, a jornada reduzida (seis horas diárias em seis dias na semana), a alta disciplina corporal exigida para o trabalho, dentre outros elementos. Na descrição que surge no desenvolvimento do capítulo, a partir de situação concreta, tem-se o seguinte: “ele se prepara para ir trabalhar; o expediente começa às 10 da manhã. Sua jornada de trabalho dura seis horas nos seis dias da semana. *Apesar de ser mais curta do que uma jornada normal, ela pode parecer se estender muito mais quando se trabalha no atendimento de um call center*” (sem grifos no original – p. 63-64). Renata Queiroz Dutra (2014), a partir da coleta de dados empíricos, apresenta características que se fazem presentes no cotidiano dos trabalhadores de *call centers*, com destaque para a questão de gênero (maioria de mulheres), revelando como as condições de trabalho conduzem ao processo de adoecimento. Segundo a autora, “a mão de obra empregada hoje no setor possui um dos maiores índices de rotatividade nos empregos setoriais e desponta nos índices de adoecimento físico e psíquico (atribuído ao estresse ocasionado pelo contato com os clientes, ao ritmo de trabalho intenso, com pausas mínimas demarcadas até para uso dos sanitários, ao alto grau de vigilância dos supervisores, às reiteradas notícias de assédio moral, dentre outros fatores)” (p. 102).

## DOCTRINA

Como o eixo desse estudo são os esquemas jurídicos que se localizam no entorno do tempo do trabalho, é importante situá-lo na perspectiva constitucional.

Sem prejuízo dos aspectos acima, direcionados a questionar se o fator tempo cronológico é ainda hoje suficiente para compreender, de maneira adequada, a questão da duração do trabalho, não há dúvida de que os instrumentos jurídicos que densificam, ainda que sob a lógica do calendário, no plano infraconstitucional, de leis, resoluções, portarias, etc., a temática da jornada devem receber interpretação coerente com uma teoria constitucional dos direitos fundamentais.

O direito de acesso ao trabalho decente – e não apenas o direito a ocupar-se, esclareça-se – é importante dimensão da vida das pessoas, mas não é a única. Além de outros motivos, a construção de laços familiares e de relações sociais, a recomposição da energia física e a reabilitação da criatividade mental, além da integridade emocional – que não se compatibilizam com o excesso de trabalho –, são fatores que reclamam pensar a limitação da jornada com inserção adequada na temática dos direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora.

A Constituição de 1988 inaugura um novo cenário jurídico acerca dos direitos sociais fundamentais ao traçar um horizonte de possibilidades, tanto que, de forma simbólica e inédita, acomoda esses direitos na parte inicial do texto, antes, portanto, das disciplinas endereçadas às questões do poder. Os direitos fundamentais deste novo contexto explicitamente incluem os direitos sociais, sendo que nas ordens constitucionais anteriores os direitos trabalhistas eram tratados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Embora não seja um requisito imprescindível, a consagração constitucional explícita de um direito social é um indicio relevante do caráter fundamental dos bens ou interesses protegidos (PISARELLO, 2007, p. 82).

A limitação da jornada, e, portanto, a duração do trabalho, é tema inserido como direito social fundamental de conteúdo trabalhista e, exatamente por isso, alberga norma de ordem pública. Nesse sentido, há no Título II da atual Constituição, sem prejuízo de outros direitos que possam melhorar a condição social dos trabalhadores, a previsão no art. 7º da “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (inciso XIII).

Nesse ponto, é fundamental destacar a natureza deontológica das garantias fundamentais, que significa, na temática do art. 7º, inciso XIII, a inviabilidade de que empregados não gozem da proteção expressa na limitação de jornada.

É certo que os contratantes, no exercício da livre iniciativa que também tem previsão constitucional (arts. 1º, IV e 170), assumindo os riscos da atividade econômica, possuem a prerrogativa da direção da prestação pessoal dos serviços pactuados, conforme está expresso no art. 2º da CLT.

Todavia, às prerrogativas do contratante, inerentes à direção dos serviços, corresponde, na mesma medida e intensidade, seu dever de zelo quanto ao cumprimento dos direitos sociais trabalhistas. Controlar a jornada, nesses moldes, não é só uma prerrogativa, mas, também, ao mesmo tempo, uma obrigação que, para o trabalhador, se converte em direito.

Pode-se afirmar que se há um direito constitucional ao trabalho, também há um direito de não estar intensamente disponível para o trabalho. A medida e a adequabilidade dos instrumentos voltados aos temas do tempo do trabalho e do tempo livre devem compor a análise da atualidade e da pertinência dos marcos regulatórios, legais e jurisprudenciais que são construídos.

## 2 – A LÓGICA JURÍDICA DO TEMPO À DISPOSIÇÃO E A SUA MATRIZ CONSTITUCIONAL

A ideia de jornada, e de seus limites, precisa ser combinada com a estrutura jurídica inserta no chamado tempo à disposição, densificado no *caput* do art. 4º da CLT, segundo o qual “considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. Essa redação, a propósito, foi mantida, mesmo com o advento da Lei nº 13.467/2017.

O referido dispositivo não é apenas uma norma infraconstitucional isolada porquanto traduz, de forma mais concreta, um princípio normativo constitucional da liberdade individual de quem trabalha; uma liberdade do tempo e no tempo; uma liberdade de não estar no trabalho.

A liberdade é um dos primados do Estado Democrático de Direito e, evidentemente, se estende como direito fundamental ao cidadão que também é trabalhador. A liberdade contempla diversas dimensões da existência e a sua efetividade demanda espaço para o exercício da autonomia individual. Todavia, quando o trabalho consome o tempo, a energia, a saúde e a quase total disponibilidade de alguém, é inviável falar-se em liberdade (liberdade para não fazer, para descansar, para ativar-se em outros campos, para estudar, para cuidar da

própria família, etc.). Por isso mesmo, a lógica do tempo à disposição, ou seja, estar disponível também é trabalho e deve ser contabilizado para fins da duração do trabalho e de definição sobre se os limites da jornada foram ultrapassados, conecta-se essencialmente com a liberdade constitucional.

No caso das horas de trajeto, a Súmula nº 90 do Tribunal Superior do Trabalho consagra a lógica jurídica segundo a qual o tempo despendido pelo empregado em condução fornecida pelo empregador até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho, sendo que se entende para o mesmo fim a incompatibilidade de horários do transporte público, embora sem incluir a mera insuficiência de transporte.

Esse entendimento foi sendo construído ao longo das experiências em julgamentos concretos, desde os anos 1970, que traduziam dados coletados pelas participantes do mundo do trabalho<sup>8</sup>. O entendimento do TST parece justamente traduzir esse acoplamento entre o art. 4º da CLT e a normativa constitucional, porém, com limites. Mais precisamente, a interpretação consagrada pelo TST representou a construção de regras limitadoras que foram consideradas nos julgamentos como objetivas em contraponto à prevalência do tempo à disposição, que é o princípio central, em todas as hipóteses.

Aliás, seria questionável se o raciocínio jurídico que permeou os precedentes, que se desenvolveram desde a década de 1970, seria compatível com a Constituição de 1988, que endereçou especial atenção não apenas à duração do trabalho, mas, também, à necessidade de preservação do meio ambiente do trabalho. Questionável porque igualmente defensável que a partir de 1988 não haveria exceção para a regra geral do tempo à disposição quando o trajeto cumprido é fundamental para possibilitar o trabalho nas condições estabelecidas pelo contratante e considerando que o transporte (adequado, acessível, eficiente, etc.) também é direito social fundamental.

Assim, ao contrário do que possa parecer, a Súmula do TST limita o princípio prevalente do tempo à disposição, estabelecendo determinados requisitos que foram identificados a partir dos inúmeros julgamentos das demandas concretas dos trabalhadores, contrapostas pelos argumentos dos contratantes.

---

8 O item I da Súmula nº 90, que justamente versa sobre o princípio geral prevalente de que há tempo à disposição quando a condução fosse fornecida pelo empregador até local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, tem como primeiro precedente o julgado de 1977 (RR 92/1976, Ac. 1º T. 2703/1976 – Rel. *ad hoc* Min. Raymundo de Souza Moura. DJ 17.06.77. Decisão por maioria – Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-90](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90)>. Acesso em: 25 nov. 2017).

Esses limites, pela prática judiciária, sobreviveram como adequados, mesmo no contexto mais amplificado da Constituição de 1988.

Tanto é verdade que a Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001, que é bem posterior à Súmula nº 90, consolidou como marco regulatório legislativo o que então era marco regulatório judiciário, incorporando a tese da limitação ao tempo à disposição e respectivos requisitos. Por isso, sobreveio a redação do § 2º do art. 58 da CLT: “o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, *não será computado na jornada de trabalho, salvo* quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução” (sem grifos no original).

Interessante esse fenômeno de recíproca interferência na relação entre a legislação e a jurisdição.

Luhmann (1990, p. 155-156) adverte que não é simples ou assimétrica a relação entre legislação e jurisdição. Na verdade, a descrição comum segundo a qual a legislação tem precedência sobre a jurisprudência não prevalece. Segundo o autor,

“foram descobertas numerosas ligações de *feedback* entre a legislação e a jurisprudência. Para concretizar as regulamentações globais, o legislador remete aos Tribunais, ao passo que estes remetem ao legislador, quando eles não conseguem chegar por si só a uma decisão justa. Justamente se aceitamos que ambos os órgãos do sistema jurídico participam do aperfeiçoamento do Direito, resultam disto interdependências, que não podem ser tornadas tão facilmente assimétricas com a distinção simples entre ‘grau superior’ e ‘grau inferior’.”

Estabelecidos parâmetros de limitação pela Súmula nº 90, posteriormente incorporados pelo texto legal, atualmente a redação conferida ao dispositivo pela Lei nº 13.467/2017 refluíu na consolidação de tais critérios, como se observa dos termos do atual § 2º do art. 58 da CLT:

“O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, *inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado* na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador – sem grifos no original.”

A despeito da alteração, importante destacar que foi mantida a matriz principiológica traduzida no *caput* do art. 4º da CLT. Portanto, mantida a referida matriz, a despeito da alteração legislativa endereçada ao parágrafo, não

está eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição/necessidade irrefutável para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador. Todavia, retirados os requisitos de limitação que foram incorporados pela Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001, a questão que se coloca é se o entendimento da Súmula nº 90 do TST ainda poderia ser considerado balizador da restrição. Sem marco regulatório quanto ao estabelecimento de limites, recomeçarão, como é válido e legítimo, debates que terão como lógica o princípio do tempo à disposição, derivado da liberdade constitucional individual, de forma amplificada.

O Enunciado nº 16 da Comissão “Jornada de Trabalho. Banco de Horas. Remuneração e Parcelas Indenizatórias. Danos Extrapatrimoniais: tarifação e outros aspectos”, aprovado quando da realização da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), e que contou com a parceria do Ministério Público do Trabalho (MPT), da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT) e da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT), tem a seguinte redação:

“Horas de trajeto: hipóteses de cômputo na jornada após a Lei nº 13.467/2017. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo à disposição, não eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador, mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela Súmula nº 90 do TST, caso em que fará jus o trabalhador à contagem, como tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno para o trabalho. Inteligência do artigo 3º, c, da Convenção nº 155 da OIT. 2. Inaplicabilidade do § 2º do art. 58 da Lei nº 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural.”

Nota-se, pelo resultado dos debates da 2ª Jornada, a valorização da experiência judiciária quanto à construção de limites à prevalência do princípio geral de tempo à disposição no trajeto para o trabalho e vice-versa, invocando-se, inclusive, normativa internacional pertinente à saúde e segurança dos trabalhadores e ao meio ambiente do trabalho.

Retomando a premissa de que o direito exige análise sistêmica, evitando-se incongruências internas, é salutar a referência, ainda, ao Decreto nº 61.784/67,

## DOCTRINA

no art. 6º, inciso II, § 3º, o qual estabelece a extensão do conceito, abrangendo o trajeto, para fins do que se considera acidente do trabalho. Assim, o tempo de trajeto tem válida configuração jurídica, inclusive para fins do tempo à disposição, tanto que é marco relevante para as hipóteses de acidente do trabalho. Nesse quadro, não é viável a simples eliminação do tempo de trajeto como tempo à disposição, ainda mais nesse caso em que o deslocamento ocorre em razão das condições de trabalho organizadas pelo contratante.

Antes do advento da Lei nº 13.467/2017, o que se visualizava era a necessidade de avançar juridicamente na questão do direito ao transporte como direito social fundamental e que, como tal, afeta sobremodo os trabalhadores, especialmente considerando que para a qualidade de vida e de trabalho não é desprezível o grave problema contemporâneo da mobilidade urbana.

Aos trabalhadores não são destinados os “centros” das cidades, senão que as periferias. O acesso ao trabalho normalmente exige o envolvimento de horas de deslocamento em transporte público de qualidade e de eficiência duvidosas. Nesse quadro, apontando para o futuro, seria relevante a discussão sobre as questões da mobilidade urbana interconectadas com a qualidade de vida no trabalho e como a sociedade e o Estado deveriam compartilhar da responsabilidade na construção de soluções, com marcos regulatórios adequados.

De fato, ainda na temática das chamadas horas de trajeto, importaria considerar recente modificação do Texto de 1988. Nos termos atuais da Constituição, o transporte é direito social fundamental, como referido acima. Todavia, o que isso poderia representar em termos de direitos e de obrigações no mundo do trabalho? A obrigação seria exclusivamente estatal? Ou, pensando na aplicação horizontal dos direitos fundamentais, também os beneficiários dos serviços dos trabalhadores deveriam ter alguma participação nisso? E participação em que medida? O fornecimento, na forma da lei, do vale-transporte ou o fornecimento de transporte em local de difícil acesso resolvem essa equação constitucional?

Nesse caso, é certo que quando a Constituição alberga como princípio normativo estruturante o Estado Democrático de Direito (art. 1º), no campo dos direitos fundamentais isso significa, dentre outros aspectos, o deslocamento da atenção para a sociedade civil, não podendo mais se falar em direitos e obrigações confinados na relação entre o particular e o Estado.

Evidentemente, quando se fala de obrigações dos contratantes no mundo do trabalho, vem à tona a questão econômica, que não é desprezível, ou seja, do custo da produção. Mas em termos constitucionais, custo econômico não

pode representar barreira intransponível à ideia normativa de que é necessário pensar na efetividade dos direitos.

O fato é que essa problemática revela que é inviável interpretar-se a alteração legislativa como se possibilitasse concluir pela eliminação das chamadas “horas *in itinere*”.

O § 2º do art. 4º da CLT, com a redação dada pelo advento da Lei nº 13.467/2017, parece pretender atingir também o tempo à disposição do trabalhador em outras hipóteses.

Nos termos da atual redação:

“§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

I – práticas religiosas;

II – descanso;

III – lazer;

IV – estudo;

V – alimentação;

VI – atividades de relacionamento social;

VII – higiene pessoal;

VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.”

A Súmula nº 429 do TST, que também representa uma construção interpretativa que capta dados da realidade discutidos judicialmente, considera à disposição do empregador, na forma do art. 4º, *caput*, da CLT, que não sofreu alteração (repita-se), o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários. É certo que se afirma a ideia de deslocamento, mas que é derivativa do aspecto geral do tempo à disposição.

O Enunciado nº 24 da Comissão “Jornada de Trabalho. Banco de Horas. Remuneração e Parcelas Indenizatórias. Danos Extrapatrimoniais: tarifação

## DOCTRINA

e outros aspectos”, aprovado quando da realização da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, tem a seguinte redação:

“Tempo de serviço: exceções à aplicação do art. 4º, § 2º, da CLT. Tempo de Serviço. Permanência no estabelecimento. I – Para fins de aplicação da regra constante no art. 4º, § 2º, da CLT, não se considera de escolha própria e/ou exercício de atividades particulares aquelas permanências que decorrerem de riscos inerentes à natureza da atividade do empregador, conforme art. 2º, *caput*, da CLT. II – Se, em função da natureza da atividade, for necessária a realização de higiene pessoal ou a troca da vestimenta no local de trabalho, o período correspondente será computado como tempo de serviço.”

A construção do raciocínio jurídico acima se sustenta na constatação de que a permanência do trabalhador no ambiente de trabalho, mesmo após, ou até antes, do expediente, não acontece apenas por seu interesse ou conveniência particular. Em situações nas quais a permanência ocorrer em função da organização de horários ou de escalas pelo empregador, ou em face das peculiaridades do local escolhido para funcionamento do empreendimento, há de se reconhecer o tempo à disposição porque a impossibilidade de deslocamento do trabalhador ocorre por motivos alheios à sua vontade. Os fundamentos jurídicos apresentados para a construção do enunciado encontram-se, ainda, consentâneos com o princípio do tempo à disposição e, pois, com a preservação da liberdade individual do trabalhador. Também nesse campo é imperativa a interpretação sistemática do dispositivo.

De igual modo, e pelas mesmas razões, o tempo gasto pelo trabalhador para a realização de sua higiene pessoal antes ou após o expediente deve ser considerado como efetivo período à disposição do empregador, naquelas hipóteses em que tais procedimentos de asseio corporal configurarem exigências de saúde e segurança decorrentes da natureza da atividade desenvolvida pelo contratante. Há, ainda, tempo à disposição em relação ao período gasto para colocação do uniforme, porquanto o contratante define padrões de vestimenta, necessidade ou não de higienização (art. 456-A da CLT).

As mesmas premissas estruturam a Súmula nº 366 do TST, isso quanto ao cômputo como extra das variações de horário do registro de ponto que sejam superiores a 10 minutos diários, porquanto configurada a hipótese do tempo à disposição, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc.). De fato, para além de 10 minutos diários, o cômputo é fundamental porque a variação suplanta intercorrências rotineiras na marcação de tempo e passam

a demonstrar a existência de problemas na própria organização do tempo do trabalho e do início e do término do expediente, que afetam a liberdade individual do trabalhador. A disponibilidade não remunerada adentra o campo do proveito alheio injustificado.

O tempo de trajeto, o tempo de deslocamento e o tempo de permanência são tempos de trabalho porque destinados ao proveito de quem organiza a atividade econômica e deve fazê-lo observando o dever de cumprir, de forma estrita, os limites constitucionalmente traçados para a disponibilidade do trabalhador, os quais têm reflexo direto no patamar remuneratório dessa mesma disponibilidade.

### 3 – TELETRABALHO, TRABALHO EXTERNO E A OBRIGATORIEDADE DE CONTROLE DA DISPONIBILIDADE DO TRABALHADOR

No campo das inovações normativas, o mundo jurídico laboral ainda está em processo de adaptação com a previsão que foi lançada no art. 6º da CLT pela Lei nº 12.551, de 2011. Em termos legais, não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Inovação salutar que tenta promover a adaptação do regramento legal aos dados da realidade.

Assim, os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Reconhecido legalmente que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão, podem eles, quando existentes, ser considerados também como mecanismos reveladores da disponibilidade do trabalhador em relação ao trabalho, inclusive para fins de cômputo da jornada? Na verdade, outros questionamentos de igual monta podem ser formulados. Quando não há meio único, inequívoco, de controle e externalização da jornada, isso significa que, estando dispensado do tradicional “ponto”, o trabalhador não teria direito às horas extras? Ou, na verdade, há violação de um dever patronal de controlar, para fins de limitar, a jornada dos trabalhadores?

Numa perspectiva de consistência e coerência interna normativa, se não há mais distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado em casa, efetivado a distância, para a finalidade de reconhecimento

## DOCTRINA

de vínculo de emprego, certamente tais meios de controle não servem apenas para identificar a existência da subordinação jurídica, mas também exteriorizam a própria existência de controle de jornada, ainda que não se trate de controle tradicional. Isso certamente deve diminuir drasticamente o campo de incidência normativa da exceção prevista no art. 62 da CLT quanto à ideia que por vezes se dissemina de que o trabalho externo não está sujeito a controle de jornada. Efetivamente, pode não estar formalmente sujeito a controle, mas isso significa violação do dever do contratante de controlar, e não ausência do direito do trabalhador de ter a disponibilidade computada e remuneradas as horas extraordinárias.

Exercer controle através de tais meios possibilita dizer que, ao lado de um poder patronal há, na mesma medida, tensionadamente, uma obrigação de controle para fins de equacionamento do importante dilema trabalhista situado entre jornada e remuneração. Às prerrogativas do empregador, dentre elas a de organização do trabalho, corresponde seu dever de zelo quanto ao cumprimento dos direitos sociais trabalhistas. Em suma, controlar a duração do trabalho não é apenas uma prerrogativa, mas, também, uma obrigação que, para o trabalhador, se converte em direito, como referido anteriormente.

Essa realidade de excesso de trabalho, também expressa pela intensificação, e do controle do trabalho, que é uma forma de controle da produtividade e da disponibilidade, passaram a permear entendimentos do TST. Esse é o caso, por exemplo, da Súmula nº 428 do TST. Para o tribunal, embora o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos ao trabalhador, por si só, não caracterize o regime de sobreaviso, considera-se como tal a situação em que o empregado, a distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. O que se nota é que o sobreaviso ou o plantão deixaram de ser realidades próprias ou típicas apenas de determinado segmento econômico. De fato, não se fala mais na antiga Rede Ferroviária Federal. Essa generalização dos institutos, no entanto, ainda não recebeu o devido marco regulatório legislativo, que deveria vir, após debates plurais, no período posterior à mudança que representou a inovação do art. 6º da CLT e, evidentemente, nada disso ganhou espaço com o advento da Lei nº 13.467/2017.

O desafio que está posto é o de preservação da existência real num mundo de hiperconexão tecnológica. Por isso, é salutar falar-se em direito à desconexão como o direito de não ser perturbado e de não sofrer ingerências

do contratante, mantendo-se possível e viável o gozo do tempo livre. Trata-se do bem da vida representado pelo não trabalho (MAIOR, 2003)<sup>9</sup>.

Quanto à temática da limitação da jornada, a Constituição de 1967/69 assegurava aos trabalhadores, conforme redação disposta no art. 158, além de outros direitos que visassem à melhoria da sua condição social, “duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, *salvo casos especialmente previstos*” (inciso VI – sem grifos no original). Aliás, também a Constituição de 1946, em razão do art. 157, inciso V, estabelecia a regra da duração do trabalho diário não excedente de oito horas, mas assumia a possibilidade de casos e *condições excepcionais* que fossem previstos em lei. O contexto normativo então prevalente por mais de quarenta anos comportava raciocinar em torno da ideia de regime ou regra geral de horário, de um lado (no plano constitucional), e regime ou regra especial de outro (no plano infra), tanto que estavam ressalvados os casos especiais previstos, que o seriam por lei. Por isso mesmo, a exclusão promovida pelo art. 62 da CLT, quanto aos gerentes e aos trabalhadores externos, isso no que concerne ao regime de duração da jornada, poderia ser inserida no contexto dos “casos especialmente previstos”.

A Constituição de 1988, estabelecida sob um novo paradigma, não alberga a exceção dos casos excepcionais, ou seja, não deu continuidade a essa relação entre regra geral de horário, constitucional, e regime ou regra especial como matéria infraconstitucional. Essas mudanças constitucionais não podem simplesmente ser silenciadas na interpretação jurídica. Por isso, as regras do art. 62 ou poderiam ser, neste cenário, consideradas não recepcionadas ou recepcionadas na versão mais restritiva, a ser considerada na análise de cada caso concreto, com prevalência da presunção de necessidade de controle<sup>10</sup>.

Com esse enquadramento normativo, não se imagina que a lei infraconstitucional possa simplesmente ampliar as hipóteses de ausência de controle de jornada, como é o caso do teletrabalho.

Nada obstante, a Lei nº 13.467/2017 justamente acrescentou o inciso III ao art. 62 da CLT para afirmar que não estão abrangidos pelo regime de limitação

---

9 É possível afirmar que um dos mais importantes autores no Brasil que conferiu visibilidade à questão ao afirmar e contextualizar o direito à desconexão como um direito subjetivo público do trabalhador é Jorge Luiz Souto Maior, o qual, há mais de 15 anos, emprega essa expressão (desconexão) nos seus estudos. Veja-se, a propósito, o seguinte artigo: MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 9, n. 10, p. 12-18, out. 2003.

10 Em artigo publicado em 2009, foi desenvolvido raciocínio sobre o alcance dessas mudanças constitucionais e o impacto sobre a interpretação do art. 62 da CLT, citando-se alguns exemplos de casos julgados pelo TST: PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 75, n. 2, p. 68-84, abr./jun. 2009.

da jornada os empregados em regime de teletrabalho. Como o trabalho realizado em casa ou em outro lugar possui igual valor ao realizado no estabelecimento do contratante, a localidade não pode ser considerada fator suficiente à consideração de que o trabalho seja atípico ou não sujeito a controle.

Apontando no sentido de uma adequada hermenêutica dos direitos fundamentais, foi aprovado o Enunciado nº 71 da Comissão “Teletrabalho. Contrato de Trabalho Intermitente. Contrato de Trabalho a Tempo Parcial. Terceirização” da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho antes mencionada:

“Teletrabalho: horas extras. São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III, e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, *e, g e h*, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (‘Protocolo de San Salvador’), promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação nº 116 da OIT.”

Sandro Nahmias Melo também observa o descompasso da Lei nº 13.467/2017 com o contexto fático-social atual e propõe uma leitura do dispositivo sob a ótica dos direitos fundamentais previstos na Constituição, dentre eles “o da sadia qualidade de vida no meio ambiente do trabalho, o descanso, o lazer, entre outros” (2017, p. 117-118), motivo pelo qual, entendido o teletrabalho como uma rotina de prestação de serviços a distância, com uso de meios de tecnologia da informação e comunicação, defende que tal sistema não implica necessariamente em falta de controle da jornada de trabalho. O autor refere, ainda, que o conceito de teletrabalho não pode receber contornos fixos, engessados, em razão das rápidas mudanças que podem ocorrer na relação complexa entre trabalho e instrumentos tecnológicos. Conclui o autor que:

“o excesso de conectividade nas relações de trabalho está ligado diretamente ao volume de labor a ser desenvolvido diariamente. Os meios informatizados – vinculados a uma atividade de trabalho – ainda que, potencialmente, possam estabelecer maior flexibilidade na rotina do trabalhador, ampliam, sobremaneira, a possibilidade de fiscalização do trabalho diário do mesmo. Neste sentido, o novel inciso III do art. 62 da CLT, acrescido pela Lei nº 13.467/2017, está em claro descompasso com a realidade tecnológica atual.

(...)

## DOCTRINA

O empregado que atua em regime de teletrabalho tem o direito fundamental à sadia qualidade de vida no seu meio ambiente de trabalho, tem direito a descanso e lazer; direitos estes que não podem ser suprimidos pela Lei nº 13.467/2017. A norma do inciso III do art. 62 da CLT, além de desconectada com a realidade, é claramente inconstitucional.” (2017, p. 122)

Como se nota do enunciado antes transcrito, e do estudo de Sandro Nahmias Melo, além das evidentes questões relacionadas à saúde e segurança do trabalhador e da preservação do equilíbrio no meio ambiente laboral, é colocado em evidência o compromisso brasileiro com a progressividade dos direitos sociais trabalhistas, em razão da ratificação do “Protocolo de San Salvador”. Desse modo, a condição de teletrabalho está relacionada à peculiaridade de uma rotina das atividades laborais que se desenvolvem a distância e, por isso, não é fator que objetivamente possa dispensar o empregador do dever de controle, fiscalização e limitação, além de remuneração pelo excesso verificado.

### 4 – LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO TEMA DA DURAÇÃO DO TRABALHO

O importante dispositivo constitucional destinado à limitação da jornada define a possibilidade de flexibilização marcando como critério objetivo a existência de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Isso ocorre porque o mesmo sistema constitucional valoriza tanto as entidades sindicais quanto o exercício da autonomia negocial coletiva. Exatamente por isso, prevendo, de forma inédita, a garantia constitucional do mandado de segurança coletivo, a Constituição incluiu a legitimidade das organizações sindicais (art. 5º, LXX, *b*). Como forma de garantia da livre atuação, há vedação de interferência estatal nas organizações sindicais (art. 8º, *caput*, e inciso I). Também em termos constitucionais, definiu-se que aos sindicatos compete a defesa dos membros da categoria, e não apenas dos filiados, tanto em questões judiciais como administrativas (art. 8º, III). De forma cogente, estabeleceu-se a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8º, VI). Na esteira de instrumentalizar a liberdade da atuação sindical, conferiu-se imunidade ao representante sindical, quanto à hipótese de dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 8º, VIII). Compondo o quadro constitucional de valorização da atuação coletiva, também de forma inédita, no movimento de abertura democrática dos legitimados para a propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, foram elencadas a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX).

## DOCTRINA

Essas constatações, pertinentes à valorização da atuação coletiva, das entidades coletivas e, em suma, da sociedade civil organizada, notadamente no campo dos direitos sociais, não podem sofrer isolamento operacional quando se trata da atividade jurídica de interpretação/aplicação normativa. A Constituição é uma unidade normativa, o que significa que há o dever das entidades formais, públicas ou privadas, de se compromissarem e atuarem juridicamente buscando a coerência interna desse sistema.

Assim, a Constituição valoriza a negociação coletiva, mas, antes disso, ela tem o seu eixo lógico-jurídico centrado na normatividade dos direitos fundamentais, e no valor preponderante da pessoa humana. Então, acordos e convenções coletivas de trabalho devem ser fontes de direitos humanos trabalhistas.

A fonte autônoma trabalhista como fonte de direitos humanos ocorre, para além do caráter cogente ínsito à realização dos direitos fundamentais, por outras duas razões. A primeira delas diz respeito à convicção de que acordos e convenções coletivas de trabalho possuem complexidade em muito superior ao mero pacto privado que domina, em boa medida, as normas traduzidas no Direito Civil, exatamente pela dimensão mediadora de interesses de classe, transcendentais aos meramente individuais, e que podem estabelecer regras e rotinas laborais à vista das singularidades de cada segmento profissional e econômico, gerando direitos e obrigações que acomodam o passado, ditam o presente das relações de trabalho, mas também as projetam para o futuro. Em segundo lugar, mesmo tendo como ponto de partida o conceitual das relações privadas contratuais, sobre elas incide a obrigatoriedade de observância dos direitos fundamentais, os quais possuem, além da tradicional aplicação vertical, que instrumentaliza a relação entre os cidadãos e o Estado, igualmente a horizontal, motivo pelo qual, de forma cogente, orientam a definição de comportamentos lícitos ou ilícitos no campo das relações entre os particulares, o que abarca as relações de trabalho.

Mas em que ponto, em que medida e com que alcance se interconectam a valorização das negociações coletivas e o tema da duração do trabalho?

Os §§ 5º e 6º do art. 59 da CLT, com redação conferida pela Lei nº 13.467/2017, autorizam o estabelecimento de banco de horas a ser pactuado em acordo individual escrito, com compensação no período máximo de seis meses, e atestam a licitude do regime versado nesse tipo de pacto (individual), ainda que tácito, para compensação no mesmo mês.

O descompasso com a previsão constitucional é evidente.

## DOCTRINA

O Enunciado nº 14 da Comissão 2, “Jornada de Trabalho. Banco de Horas. Remuneração e Parcelas Indenizatórias. Danos Extrapatrimoniais: tarifação e outros aspectos”, tem a seguinte redação: “BANCO DE HORAS POR ACORDO INDIVIDUAL. A compensação de horários requer intervenção sindical obrigatória, independentemente do seu prazo de duração, conforme art. 7º, XIII, da CF, que autoriza a compensação apenas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Essa leitura constitucional da obrigatoriedade da negociação coletiva para o “banco de horas” está explícita no item V da Súmula nº 85 do TST. Em razão da incidência do princípio basilar da supremacia constitucional, a norma de 1988 não tem o seu comando alterado pelo advento da Lei nº 13.467/2017 e, sim, as modificações que não observem a negociação coletiva como fonte jurídica válida para as flexibilizações de horários é que deverão receber o devido controle pelo exercício da jurisdição constitucional.

Ademais, há uma combinação evidente entre esse aspecto constitucional e o compromisso estabelecido com a Convenção nº 98 da OIT, que versa sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, a qual foi ratificada pelo Brasil, conforme Decreto Legislativo nº 49/52 e Decreto Promulgador nº 33.196, de 29 de junho de 1953. O art. 4º da Convenção obriga a tomada de medidas apropriadas de fomento e promoção do pleno desenvolvimento e a utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores “com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego”.

A valorização dos instrumentos coletivos de trabalho encontra sua razão constitucional na consolidação de uma fonte normativa autônoma de melhor realização dos direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora. No delicado tema da duração do trabalho, assim considerado pelos seus reflexos múltiplos no campo da saúde e segurança e na ampliação de postos de trabalho e definição de patamares remuneratórios, a prevalência da negociação coletiva como fonte jurídica legítima está expressa tanto na Constituição quanto na Convenção nº 98 da OIT, as quais vinculam a atuação dos poderes constituídos. Nesse campo (duração do trabalho), não são permitidas negociações diretas. E mesmo as negociações coletivas não podem, a despeito da referida valorização que recebem do Texto de 1988, se transformarem em âmbitos absolutos, infensos à atuação judicial, isso porque valorização não significa ausência de controle, especialmente nos casos em que se observam em disputa normas de caráter cogente, vinculadas a questões ambientais laborais.

No ano de 2017, a Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda lançou o 1º Boletim Quadrimestral sobre Benefícios por Incapacidade, em referência ao Dia Mundial em Homenagem às Vítimas de Acidentes do Trabalho. A primeira edição foi desenvolvida em parceria com a Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho. Dentre os diversos dados coletados, destaca-se o seguinte:

“O boletim evidenciou que, no Brasil, os transtornos mentais e comportamentais foram a terceira causa de incapacidade para o trabalho, totalizando 668.927 casos, cerca de 9% do total de auxílios-doença e aposentadorias por invalidez concedidos nesses cinco anos de análise.

O estudo também mostrou que 92% da concessão de auxílios-doença relacionados a transtornos mentais não tiveram relação com o trabalho, ou seja, foram concedidos mais auxílios-doença previdenciários que acidentários – àqueles que têm relação com trabalho. Esta informação permite inferir que o agravo mental enseja de modo mais frequente o afastamento temporário e não relacionado à atividade do trabalhador.

Um aspecto que o estudo considera é a resistência no reconhecimento da relação do trabalho com a doença mental. Em muitos casos, a empresa não reconhece que sua atividade tem sido disfuncional e levado os trabalhadores a desenvolverem agravos psíquicos.”<sup>11</sup>

Disponível no sítio eletrônico do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), há estudo intitulado “Quando o trabalho adocece: Síndrome de *burnout* e outras doenças que nascem com o trabalho”, no qual se nota a seguinte passagem:

*“As doenças psicossociais: quando certos limites são ultrapassados*

A pressão excessiva do mundo moderno pode gerar uma série de problemas de ordem emocional, como depressão, estresse, ataques de ansiedade ou síndrome do pânico. Essas doenças, muitas vezes, têm suas causas no trabalho, estando associadas ao isolamento, pressão psicológica, ritmo agressivo de trabalho, dificuldades ou desentendimentos no ambiente de trabalho ou, ainda, carga horária excessiva.”<sup>12</sup>

---

11 Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2017/04/saude-e-seguranca-estudo-apresenta-analise-sobre-beneficios-por-incapacidade/>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

12 Disponível em: <[http://www.csjt.jus.br/noticiascsjt?p\\_p\\_id=101\\_INSTANCE\\_aMJ4&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=\\_118\\_INSTANCE\\_X9iC\\_\\_column-2&p\\_p\\_col\\_count=2&\\_101\\_INSTANCE\\_aMJ4\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content&\\_101\\_INSTANCE\\_aMJ4\\_urlTitle=quando-o-trabalho-adoece%3A-sindrome-de-burnout-e-outras-doencas-que-nascem-com-o-trabalho&\\_101\\_INSTANCE\\_aMJ4\\_type=content&redirect=%2](http://www.csjt.jus.br/noticiascsjt?p_p_id=101_INSTANCE_aMJ4&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=_118_INSTANCE_X9iC__column-2&p_p_col_count=2&_101_INSTANCE_aMJ4_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_aMJ4_urlTitle=quando-o-trabalho-adoece%3A-sindrome-de-burnout-e-outras-doencas-que-nascem-com-o-trabalho&_101_INSTANCE_aMJ4_type=content&redirect=%2)>

## DOCTRINA

Assim, quase 700 mil casos de afastamento no trabalho ocorreram por transtornos mentais e comportamentais. Há evidente resistência no reconhecimento do vínculo etiológico entre o modo como o trabalho é desenvolvido e o sofrimento mental. O agravamento psíquico e as doenças psicossociais são multifatoriais, mas o ritmo de trabalho e a carga horária excessiva figuram entre as possíveis causas.

Ora, o número de casos, as dificuldades formais de interligação entre o adoecimento e o ambiente laboral e, paradoxalmente, os fatores determinantes do infortúnio que são justamente laborais apenas evidenciam que a duração do trabalho como tempo cronológico, mas também como tempo social e biológico, permanece como uma questão importante e pública. Desse modo, é inviável que, tocando nesse tema, negociações coletivas que se afastam da finalidade de servirem de fonte ao incremento da condição social dos trabalhadores não recebam controle judicial. Na mesma esteira de raciocínio, uma lei infraconstitucional não pode, sem violar a Constituição, tentar abolir um dos fatores componentes do sistema de segurança e saúde dos trabalhadores que é justamente a jornada, como ocorre com o parágrafo único do art. 611-B da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017 (“regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”).

Nesse sentido, o Enunciado nº 30 da Comissão “Prevalência do Negociado sobre o Legislado. Negociação Coletiva (Aspectos Formais). Saúde e Duração do Trabalho. Ultratividade das Normas Coletivas” da 2ª Jornada foi expresso nos seguintes termos:

“NEGOCIAÇÃO COLETIVA: LICITUDE E ASPECTOS FORMAIS. Direitos trabalhistas garantidos por normas de ordem pública, relativos a medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho, são inofensivos à redução ou supressão mediante negociação coletiva, consoante interpretação conjunta dos incisos XXII e XXVI do art. 7º da Constituição. É, portanto, inconstitucional a previsão do art. 611-A, III e XII, da CLT (com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017).”

O Enunciado nº 37 da mesma Comissão trilhou caminho similar:

“SAÚDE E DURAÇÃO DO TRABALHO. É inconstitucional o parágrafo único do art. 611-B da CLT, pois as normas e institutos que regulam a duração do trabalho, bem como seus intervalos, são direta-

---

Finicio%2F-%2Fasset\_publisher%2F1qoO%2Fcontent%2Fgestores-discutem-implantacao-nacional-do-pje-jt%3Fredirect%3D%252F>. Acesso em: 29 nov. 2017.

## DOCTRINA

mente ligados às tutelas da saúde, higiene e segurança do trabalho como estabelecidas pelos arts. 7º, XIII, XIV e XXII, 196 e 225, da Constituição Federal, pelos arts. 3º, *b e e*, e 5º da Convenção nº 155 da OIT, pelo art. 7º, II, *b e d*, do PIDESC (ONU), pelo art. 7º, *e, g e h*, do Protocolo de San Salvador (OEA), e pelo próprio art. 58 da CLT, que limita a jornada a oito horas diárias, sendo, assim, insuscetíveis de flexibilização por convenção ou acordo coletivos.”

Assim, se por um lado a duração da jornada e possíveis flexibilidades demandam negociação coletiva, por outro, prevalece o controle judicial sobre eventuais excessos no exercício dessa autonomia para preservação de normas de caráter público.

## CONCLUSÃO

Em 1962, a OIT lançou Recomendação, a de nº 116, que versa sobre a redução da duração do trabalho. O indicativo, no preâmbulo da Recomendação, é o do estabelecimento de norma que garanta o limite de quarenta horas, para ser alcançada por etapas.

O trabalho legislativo, que resultou, em menos de sete meses de tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, na Lei nº 13.467/2017, no tema da duração do trabalho, desprezou os debates anteriores que caminhavam no sentido de se promover nova redução do limite da jornada semanal, com enfoque na saúde e segurança ambiental, na criação de postos de trabalho e no incremento da qualidade social e de vida dos trabalhadores.

A consideração do tempo do trabalho como vinculado, também, à experimentação social e biológica, a demandar regulação compatível com os desafios da sociedade contemporânea, não foi nem de longe incorporada nos debates parlamentares da chamada “Reforma Trabalhista”. Ao contrário, ao se pretender dissociar a temática da duração da questão da saúde e da segurança ambiental, nota-se desprezo pelo impacto que o trabalho tem na qualidade de vida dos trabalhadores, contra todas as evidências empíricas. Trilhou-se o caminho inusitado de construção de texto legal que pretende desdizer a realidade.

A simples eliminação do tempo à disposição, ou das horas de trajeto, do cômputo da duração do trabalho não consegue encontrar esteio constitucional, ao mesmo tempo em que desafia apontar para os avanços que não foram construídos na articulação entre acesso ao trabalho, mobilidade urbana e direito ao transporte. Antes desse cenário, porém, é certo que o marco regulatório construído em torno do raciocínio jurídico que fundamenta a Súmula nº 90 do

TST permanece pertinente, ao menos no contexto de uma condição mínima decorrente dos princípios constitucionais de proteção à pessoa que necessita viver do seu trabalho.

Na realidade, o tempo de trajeto, o tempo de deslocamento e o tempo de permanência, vinculados ao modo de organização da atividade econômica, são tempos de trabalho.

Ainda sob a marca da contemporaneidade, como não há mais distinção, para fins de configuração do contrato de emprego, entre o trabalho realizado no estabelecimento indicado pelo empregador ou o de maneira remota, ou seja, a distância, os meios informatizados que designam a subordinação jurídica devem indicar o dever patronal de controle da jornada, para fins de limitação e de pagamento pelo excesso.

Fenômenos velhos/novos como sobreaviso e plantão exigem marcos regulatórios que observem as mudanças ocorridas no mundo do trabalho, que têm significado que os trabalhadores se tornam mais flexíveis, nos critérios tempo e espaço, mas, paradoxalmente, mais controlados, num sistema de conexão que permite considerar que a vida é (apenas) trabalho.

É nesse quadro de uma possível (auto)exploração do trabalhador que não se pode considerar constitucionalmente compatível lei infraconstitucional cuja pretensão seja a de simplesmente ampliar as hipóteses de ausência de controle de jornada, como é o caso do teletrabalho. Na atualidade, a distinção, antes válida, entre regime geral e especial, não mais sobreviveu no paradigma do Estado Democrático de Direito, a justificar a atividade legislativa de ampliação das exceções ao princípio do controle.

Quando se pensa em todas as implicações relacionadas à duração do trabalho, fica potencializada a valorização da autonomia negocial coletiva, mas como fonte de direitos fundamentais. Inaceitável o alijamento da negociação para permitir flexibilização de jornada. Igualmente inconcebível o absolutismo de resultado que se pretende endereçar a essa mesma negociação quando o controle judicial deva se exercer para a preservação da normatividade do direito ao meio ambiente devidamente equilibrado, enquanto direito à saudável qualidade de vida, inclusive no trabalho. A norma infraconstitucional não pode prevalecer diante do paradoxo que estabelece quando, de um lado, afasta a negociação para flexibilizar e facilitar a disponibilidade do trabalhador, mas, de outro, a sobrevaloriza quando a finalidade é a de impedir o controle judicial sobre normas de medicina e segurança que contemplam as questões de duração do trabalho.

A experiência da empresa espanhola, Iberdrola, na Espanha, do setor de eletricidade, e que conta com 9.000 empregados, talvez possa auxiliar na per-

cepção de que excesso de jornada, flexibilidade na duração do trabalho e muita disponibilidade do trabalhador não guardam relação nenhuma com o incremento da produtividade<sup>13</sup>. Segundo se noticiou, desde 2008, empresa e trabalhadores concordaram, depois de longo tempo de debate interno, em universalizar a jornada intensiva, ou seja, os empregados passariam a trabalhar de 7h15min até 14h50min, com 45 minutos de flexibilidade para o horário de entrada e de saída. Seis anos depois, os dados coletados revelaram melhoras na produtividade e o ganho de mais de meio milhão de horas por ano. Houve redução das faltas ao serviço em 20% e os acidentes de trabalho caíram 15%. Além disso, foram verificados aspectos de difícil medição estatística, como maior satisfação no trabalho.

Sem dúvida, essa é só uma experiência. Certamente não é a única ou a melhor; também não cabe em todas as realidades; provavelmente pode não ser pertinente para todas as empresas. Todavia, permite considerar a sério que soluções democraticamente construídas, entre todos os afetados pelo ambiente laboral, tendem a criar laços internos de comprometimento, responsabilidade e de legitimidade, sendo mais eficientes do que o dogmatismo de qualquer direito escrito ou legislado ou judicializado. Além disso, é provável que muito trabalho que adquira o significado da relevância e de uma produtividade que não fique cega exclusivamente no contexto de números (números do que foi produzido ou número de horas) exija exatamente menos trabalho. Dito de outro modo, no mundo contemporâneo, há de se levar em conta outras dimensões da vida que precisam ser desenvolvidas e são essenciais para que o trabalho permaneça tendo algum sentido ou significado que não seja a sua mera reprodução. Viver não é apenas trabalhar, é conviver.

O aumento da disponibilidade do trabalhador, com a agravante da falta de contrapartida remuneratória, que estão presentes em diversas alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, representam óbice à liberdade individual, à liberdade de escolha e à liberdade para viver, em suma, ao direito de fruição da intimidade, da vida privada, do lazer, da cultura e do descanso, além do direito de participação na vida política, todas atividades que demandam tempo.

A reconsideração de como, num mundo virtualizado, seria possível preservar dimensões diversas da vida, para além do ser que trabalha, tensiona o mundo do trabalho, mas também não foi incorporado como um tema relevante

---

13 Na reportagem, um trabalhador constata o que pode parecer óbvio, “ninguém consegue passar 10 horas produzindo”. Além disso, foi relatado que a mudança na cultura do trabalho, em razão de anos de disponibilidade por muitas horas, se revelou como um desafio, com trabalhadores não sabendo o que fazer com o tempo livre. Todavia, a adaptação deu resultados de forma bastante breve. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/26/internacional/1419616033\\_794119.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/26/internacional/1419616033_794119.html)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

naquilo que se pretendeu como “Reforma Trabalhista”. É como se fosse única e exclusiva responsabilidade do cidadão desafiar-se na construção da barreira e do limite (invisíveis) entre o espaço da casa, do privado, e o espaço de trabalho.

Trabalhar em condições dignas é um direito fundamental, assim como o de não estar trabalhando ou disponível para o trabalho de forma a comprometer outros âmbitos da liberdade individual também é, com responsabilidade compartilhada, pela sua realização, da sociedade, o que inclui os beneficiários dos serviços e do Estado.

O horizonte axiológico do art. 7º da Constituição é o da melhoria da condição social dos trabalhadores. Para Pisarello (2007, p. 81), não são as garantias concretas que se assinam a um direito que determinam seu caráter fundamental; ao contrário, é a sua consagração dentre aquelas normas consideradas fundamentais que obrigam os operadores jurídicos a maximizarem, pela via interpretativa ou por meio de reformas, os mecanismos que permitam sua proteção. É o que ocorre na dimensão constitucional brasileira com a proteção social devida às pessoas que trabalham. Todos esses aspectos da nova lei, por certo, controvertidos, potencializam e potencializarão disputadas judiciais e disputas que atomizam a discussão, ou seja, são e serão traduzidas em incontáveis ações individuais.

O que se coloca para o futuro é como refletir, reformular e refazer trajetórias que impactem a cultura sobre o trabalho, o seu valor e o papel na vida das pessoas e das empresas. Apenas respostas ou marcos regulatórios que tramitam complexamente entre legislação e jurisdição não são suficientes. Talvez as mais duradouras reações venham da construção social, com muita luta, que aponta no sentido de que o trabalho possui valor não absoluto na vida das pessoas e que o entorno do mundo do trabalho adquire sentido no respeito pela pessoa do trabalhador. Apenas numa visão muito reduzida e distorcida de mundo é que produtividade e qualidade são consideradas atributos de relações hierárquicas em que sejam conjugados os verbos explorar, exigir, receber e desconsiderar. Qualidade e produtividade têm relação com o valor do trabalho e dos trabalhadores enquanto cidadãos.

O presente estudo não pretendeu, e sequer seria exitoso nesse intento, explorar e discutir todos os temas que se conectam na questão da duração do trabalho no novo cenário da Lei nº 13.467/2017. O objetivo que se pretendeu alcançar foi de um exercício com eixo na disponibilidade do trabalhador e como ela se projeta na relação entre direitos e obrigações (constitucionais). Certamente a referida lei, que não é a norma jurídica, está e estará inserida na construção dos sentidos constitucionais possíveis, isso dentro do contexto de uma jurisdição que se espera compromissária dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

*Revistas, livros e artigos*

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

DUTRA, Renata Queiroz. *Do outro lado da linha: Poder Judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. São Paulo: LTr, 2014.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano XV, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 9, n. 10, p. 12-18, out. 2003.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho e controle de jornada. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (Org.). *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PAIXÃO, Cristiano. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 2, p. 68-84, abr./jun. 2009.

SOUZA, Jessé. *Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?* Brand Arenari et al. (Colab.). Belo Horizonte: UFMG, 2010.

*Pesquisa eletrônica, leis e documentos*

ANAMATRA. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PEC nº 231/95*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14582>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei do Deputado Wilson Filho*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1436048](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1436048)>. Acesso em: 24 nov. 2017.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (CSJT). *Quando o trabalho adoce: síndrome de burnout e outras doenças que nascem com o trabalho*. Disponível em: <[http://www.csjt.jus.br/noticiascsjt?p\\_p\\_id=101\\_INSTANCE\\_aMJ4&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=\\_118\\_INSTANCE\\_X9iC\\_\\_column-2&p\\_p\\_col\\_count=2&\\_101\\_INSTANCE\\_aMJ4\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content%2F101\\_INSTANCE\\_aMJ4\\_urlTitle=quando-o-trabalho-adoece%3A-sindrome-de-burnout-e-outras-doencas-que-nascem-com-o-trabalho&\\_101\\_INSTANCE\\_aMJ4\\_type=content&redirect=%2Finicio%2F-%2Fasset\\_publisher%2F1qoO%2Fcontent%2Fgestores-discutem-implantacao-nacional-do-pje-jt%3Fredirect%3D%252F](http://www.csjt.jus.br/noticiascsjt?p_p_id=101_INSTANCE_aMJ4&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=_118_INSTANCE_X9iC__column-2&p_p_col_count=2&_101_INSTANCE_aMJ4_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content%2F101_INSTANCE_aMJ4_urlTitle=quando-o-trabalho-adoece%3A-sindrome-de-burnout-e-outras-doencas-que-nascem-com-o-trabalho&_101_INSTANCE_aMJ4_type=content&redirect=%2Finicio%2F-%2Fasset_publisher%2F1qoO%2Fcontent%2Fgestores-discutem-implantacao-nacional-do-pje-jt%3Fredirect%3D%252F)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

## DOCTRINA

IDP. II Seminário Internacional de Direito do Trabalho. *4º Painel (Duração do Trabalho: teoria do tempo à disposição, controle móvel de jornada, direito à desconexão e hora “in itinere”)*. Produção do Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, IDP/EDB, 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2NkVI3hBSUM>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

PLANALTO. *Constituição de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição de 1967/69*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.467/2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 808/2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Previdência social. Saúde e segurança: estudo apresenta análise sobre benefícios por incapacidade*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2017/04/saude-e-seguranca-estudo-apresenta-analise-sobre-beneficios-por-incapacidade/>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 98*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/465>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *História*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Recomendação nº 116*. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NO\\_RMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312454:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NO_RMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312454:NO)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

SENADO FEDERAL. *PEC nº 89/2015*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122103>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). *RR 92/1976, Ac. 1ª T 2703/1976 – Rel. ad hoc Min. Raymundo de Souza Moura. DJ 17.06.77. Decisão por maioria*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-90](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Súmulas*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

### Matérias jornalísticas

EL PAÍS. *A felicidade de trabalhar das oito da manhã às três da tarde*. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/26/internacional/1419616033\\_794119.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/26/internacional/1419616033_794119.html)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

ESTADÃO. *MP da reforma trabalhista já recebeu recorde histórico de emendas*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,mp-que-ajusta-reforma-trabalhista-ja-recebeu-mais-de-300-emendas-no-congresso,70002092184>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

# O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EM XEQUE

Rodrigo de Lacerda Carelli\*

## 1 – INTRODUÇÃO

**A** crédito que o momento em que vivemos pode ser retratado figurativamente como um xeque ao princípio da proteção no Direito do Trabalho. Geralmente a expressão é associada a uma situação de perigo ou ameaça, mas ela advém de forma metafórica de um dos principais incidentes do jogo de xadrez, que consiste no fato do rei – a peça principal a ser defendida no jogo – estar em uma casa que pode ser atacada por alguma peça adversária. Assim, para a existência do xeque há a necessidade de três situações: a) a situação de perigo ou ameaça; b) que ela seja iminente; c) principal de todas, que haja alguém atacando.

Desta forma, identificar quem está atacando o princípio da proteção e suas razões de ameaça, e, a partir da crítica desses fundamentos, realizar a defesa para evitar a derrota, é o que se pretende fazer neste texto.

## 2 – O ATAQUE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Os arautos da livre negociação entre empregados e empregadores já vêm de longa data e de distantes origens. Depois da derrocada liberal no início dos anos 1900, acontecem na ditadura chilena as primeiras propostas de retorno da negociação direta entre empregado e empregador.

Para a reforma trabalhista, reforma previdenciária e a privatização da principal riqueza chilena – as mineradoras –, o ditador Augusto Pinochet escalou o jovem economista de 30 anos de idade José Piñera, recém-chegado de seu doutorado em Harvard, inicialmente sendo nomeado para o cargo de Ministro do Trabalho e Previsão Social (1978-1980), e posteriormente para o posto de Ministro das Minas do Chile (1980-1981)<sup>1</sup>. Com muito conhecimento ideologi-

---

\* *Doutor em Sociologia pelo IESP-UERJ; mestre em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense – UFF; professor adjunto de Direito e Processo do Trabalho na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ; procurador do trabalho no Rio de Janeiro.*

1 NARBONA, Karina. *Para una historia del tiempo presente: lo que cambió el Plan Laboral de la dictadura*. Santiago: Fundación Sol, 2015.

camente construído, e pouca experiência de vida, o mancebo entrou de cabeça e com energia para cumprir com fidelidade militar as suas missões dadas pelo general Pinochet, sendo a primeira a reforma trabalhista, que tinha o nome de “Plan Laboral” – ainda não estava na moda o termo “reforma”<sup>2</sup>.

A base argumentativa de sua reforma é que os sindicatos representam apenas pequena fração dos trabalhadores privilegiados e que estes estariam em disputa com os demais não sindicalizados, reais necessitados. Afirma que esses trabalhadores estão em concorrência uns com os outros, e que um sindicato somente serve para retirar a fração da renda do trabalho dos demais trabalhadores e que os sindicatos não são uma arma para redistribuição de renda entre capital e trabalho, que estaria ligada a outros fatores como tecnologia e abundância relativa do capital<sup>3</sup>.

Piñera, de maneira franca, defende o enfraquecimento dos sindicatos, dizendo que o modelo de negociação por cúpula, de modelo tripartite, que propõe a OIT – Organização Internacional do Trabalho, dá força demasiada aos sindicatos, permitindo a negociação direta dos trabalhadores.

Sobra até para o papa Leão XIII e a encíclica *Rerum Novarum*, ao afirmar que as noções de dignidade e de salário justo são intenções nobres, mas “puro coração sangrante”, pois em uma economia social de mercado a proteção aos trabalhadores seria sua pior condenação, porque os salários devem ser calculados pela produtividade do trabalho<sup>4</sup>.

Assim, a pretensão seria de “substituir a ‘luta de classes’ (trabalhadores versus empresários) pela ‘luta de empresas’ (trabalhadores e empresários de uma mesma empresa versus os de outra que competem com esses)”<sup>5</sup>.

Mais interessante ainda é quando afirma que o “Plan Laboral”, que estava encarnado principalmente em duas leis, uma sobre organizações sindicais e outra sobre negociação coletiva, trouxe consigo a necessidade de modificar, alguns meses depois, outras leis. Dentre essas leis, estava a abertura total da terceirização. Segundo Piñera, “se teve que levantar a insólita proibição que pesava sobre as empresas públicas e privadas de subcontratar trabalho de

---

2 PIÑERA, José. *La revolución laboral en Chile*. Tercera Edición. Santiago: Chile, 1990. Versão da Internet. Disponível em: <[www.josepinera.org](http://www.josepinera.org)>. Acesso em: 23 jun. 2016. Em suas palavras, “o Plan Laboral não tem nada a ver com o direito individual do trabalho. O Plano Laboral em realidade é única e exclusivamente um Plano Sindical e se o batizamos assim foi porque as duas palavras não nos soavam bem. Era muito mais charmoso o título de Plano Laboral”.

3 PIÑERA, José. Op. cit., p. 26.

4 *Idem*, p. 28.

5 *Idem*, p. 50.

terceiros”<sup>6</sup>, em uma tarefa de “limpeza” da legislação para alcançar o livre mercado de trabalho<sup>7</sup>.

As leis de reforma do sistema sindical, impostas por decretos-lei do general ditador, tramitaram “em tempo recorde”, como comemora Piñera<sup>8</sup>.

Em 1981, como consequência da reforma, extingue-se a Justiça do Trabalho, passando os juízes a exercerem funções amplas na área cível. Em 1986 houve o restabelecimento dos juízos de primeiro grau, sendo que somente houve a verdadeira restauração da Justiça do Trabalho muito tempo depois da volta da democracia, no ano de 2005, após longo processo legislativo<sup>9</sup>.

Os ideais da ditadura chilena tiveram e ainda têm eco no mundo desenvolvido – e também, tardiamente, na periferia. As reformas portuguesa, espanhola, francesa, alemã e italiana pretendem a mesma fragmentação dos trabalhadores e a negociação cada vem mais atomizada.

Para chegar ao fim, que é a destruição do direito do trabalho e o retorno ao direito civil de partes formalmente iguais, porém com normas supostamente trabalhistas que vitaminam o poder do empregador, a estratégia é a mesma de hoje: 1) a multiplicação das formas contratuais, com criação de figuras híbridas, com parcial ou total exclusão do direito do trabalho; 2) a retirada do sindicato como fonte central de negociação, com instrumentos de enfraquecimento da autonomia coletiva por meio de inclusão de exceções; 3) a obstaculização ou inibição do acesso ao poder judiciário.

O discurso de ataque, no entanto, não é novo; é literalmente o mesmo, desde que o direito do trabalho é direito do trabalho, qual seja que: 1) o direito do trabalho gera desemprego e menores salários; 2) o trabalhador sabe o que está negociando com o empregador e tem liberdade de não aceitar, sendo o contrato essencial para a garantia da segurança jurídica; 3) o trabalhador é classe perigosa e pretende ficar com o patrimônio dos empregadores e hoje a Justiça do Trabalho ajuda os trabalhadores nessa empreitada.

Prega-se a necessidade de segurança jurídica para as empresas e de “emancipação” do trabalhador, que não deve mais ser tratado de maneira “infantilizada” pela Justiça do Trabalho ou pelo Direito do Trabalho. Esse discurso – de ares libertadores – é uma fala de destruição, é um juízo de desmerecimento.

---

6 *Idem*, p. 44.

7 *Idem*, p. 46.

8 *Idem*, p. 21.

9 FUENZALIDA, Gabriela Lanata. *A extinção e o ressurgimento da Justiça do Trabalho no Chile*.

Ataca-se, assim, o direito laboral em seu âmago, naquilo que ele tem de mais caro, e, assim, também, sua razão de existir.

### 3 – O VANDALISMO DA REFORMA TRABALHISTA

De fato, o processo que estamos em curso no Brasil não é uma reforma. Reforma é quando se derruba uma construção para se reconstruir algo no lugar. A chamada “reforma trabalhista”, ao contrário, somente atingiu, de maneira desordenada e a esmo, diversos pontos da legislação trabalhista sem colocar nada em seu lugar, em nítida tática *black bloc*. Não houve a realização de reconstrução científica rigorosa com objetivos de mudança de modelo jurídico, mas meramente ataques casuísticos a alicerces do edifício do direito do trabalho, que fazem da legislação trabalhista hoje um prédio cheio de buracos a ser construído para poder ser novamente chamado de Direito do Trabalho.

Se observarmos de perto, os objetivos acima descritos foram todos encaminhados pelas recentes mudanças legislativas:

1) a tentativa de criação ou legalização de múltiplas formas de contratação, como no caso do autônomo exclusivo, da ampliação da terceirização e da intermediação de mão de obra temporária, a criação do trabalhador intermitente, o alargamento do trabalhador a tempo parcial, bem como a precarização total do teletrabalhador, que trabalhará por sua própria sorte e sem restrição de duração do trabalho. Perceba-se que nesses casos há a total ou parcial exclusão do âmbito do direito do trabalho;

2) diminuição do papel sindical, seja por meio da criação da figura do trabalhador hipersuficiente, ou pela retirada do imposto sindical imediata e sem alternativa de custeio, cumulados com a manutenção do sistema autoritário de organização dos sindicatos. Nesse ponto, há ainda o fim da homologação da rescisão do contrato de trabalho, a criação de comissão de representantes desconectada com a entidade sindical e os diversos dispositivos em que se permite a “negociação” direta com os trabalhadores;

3) a pretensão de inibir as ações trabalhistas, com a possibilidade de cobrança de honorários advocatícios e periciais dos trabalhadores e de diversas restrições ao acesso à Justiça, bem como ameaças de extinção do ramo laboral da Justiça e reduções orçamentárias.

Além disso, houve a tentativa de destruição da coerência científica de vários institutos, como o da remuneração, do descanso e da assunção pela empresa dos riscos do negócio.

Aliados a isso, temos a restrição progressiva ao seguro-desemprego (Lei nº 13.134/2015) ou mesmo armadilhas burocráticas (MEI ou CNPJ) que impedem o seu saque, além das já anunciadas novas regras dessa proteção estatal, que deverá trazer mais restrições<sup>10</sup>. Some-se a isso a ameaça da Reforma da Previdência, que promete afastar a proteção social, o que já se desenha com a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, que impõe teto dos gastos públicos. O quadro, assim posto, é de retirada do Estado da proteção social e de desobrigação dos entes privados de qualquer responsabilidade sobre os cidadãos que emprega para a realização da atividade econômica.

#### 4 – AS REFORMAS NEOLIBERAIS PELO MUNDO E SEUS EFEITOS

As reformas neoliberais nas nações ocidentais não foram idênticas em todos os países. Sempre variaram a partir da conjuntura específica de cada país, incluindo as resistências e crises do capitalismo. Entretanto, podemos pensar em dois modelos: o periférico, ou puro, como o caso chileno e o europeu, caracterizado pelo tempero com a permanência do Estado de Bem-Estar Social.

O resultado do modelo chileno é que lá agora cerca de 5,8% das empresas negociam coletivamente. Ou seja, 94,2% das empresas só realizam negociação direta na empresa<sup>11</sup>. Esse quadro é reflexo de piora em relação a 2006, quando 91,3% das empresas se regulam pelas condições contratuais dispostas na “negociação individual” entre empregadores e trabalhadores, demonstrando que a tendência é cada vez mais a individualização nas negociações<sup>12</sup>. Em 81,8% das empresas chilenas não existe e nunca existiu um sindicato na empresa<sup>13</sup>. Há práticas antissindicais ou atitudes negativas da empresa em relação aos sindicatos em metade das empresas<sup>14</sup>. 66,6% da força de trabalho recebe menos que três salários mínimos, sendo que quase a metade recebe até dois salários mínimos<sup>15</sup>.

---

10 Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/05/economia/1499287614\\_958467.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/05/economia/1499287614_958467.html)>. Acesso em: 21 jul. 2017.

11 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 31. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

12 ROJO, Eduardo Caamaño. El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX*, Valparaíso, Chile, p. 265-291, 1er semestre de 2008.

13 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 28. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

14 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 27. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

15 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 43. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

## DOCTRINA

A terceirização na atividade-fim das pequenas empresas alcança 44,8% e nas grandes empresas 31%<sup>16</sup>. Em 30,2% das empresas houve acidente de trabalho<sup>17</sup>.

A relação entre proteção dos trabalhadores e a qualidade do trabalho é nítida pelos dados chilenos: as empresas com sindicatos têm média de 48,7% com trabalhadores com mais de três anos na empresa, enquanto que as sem sindicato têm média de 39,3%<sup>18</sup>.

O resultado chileno, para os trabalhadores, é inquietante: a participação do salário mínimo sobre o PIB decresceu de 36,2% no período de 2005-2006 a 32,5% no período 2014-2015. A OIT considera como recomendável o mínimo de 40%. A média da América Latina é de 60%<sup>19</sup>. Enquanto o Brasil, antes da reforma, é o décimo país em desigualdade no mundo, empatado com a Suazilândia, o Chile está em décimo quinto<sup>20</sup>. A previdência chilena foi privatizada no governo Pinochet, sendo um fracasso que está levando 2 milhões de pessoas às ruas em protesto<sup>21</sup>. 90% dos pensionistas recebem aposentadorias inferiores a meio salário mínimo<sup>22</sup>.

Na Europa, em maior ou menor grau dependendo do país, a flexibilização do Direito do Trabalho veio acompanhada de uma maior presença estatal, o que se denominou “Flexisecurity”, que seria uma forma de flexibilibilidade do mercado de trabalho bem gerenciada<sup>23</sup>. Ou seja, os encargos que antes ficavam a cargo das empresas foi repassado para o Estado, ou seja, distribuído em toda a sociedade, por meio de rede de proteção social.

O emprego *non-standard* resulta em maior peso para o sistema de seguro social. Tomemos o caso italiano. Em 2015 o sistema foi remodelado, com a diminuição de exigências de contribuição para fruição do seguro-desemprego,

---

16 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

17 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 39. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

18 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Informe de resultados, p. 66. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

19 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Informe de resultados, p. 66. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

20 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

21 Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/certas-palavras/por-que-deu-errado-previdencia-chile>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

22 Disponível em: <[https://internacional.elpais.com/internacional/2016/08/22/america/1471832934\\_728306.html](https://internacional.elpais.com/internacional/2016/08/22/america/1471832934_728306.html)>. Acesso em: 21 jul. 2017

23 EICHHORST, Werner; MARX, Paul; WEHNER, Caroline. *Labor market reforms in Europe: towards more flexicure labor markets*. p. 15. Disponível em: <[http://legacy.iza.org/en/webcontent/publications/papers/viewAbstract?dp\\_id=9863](http://legacy.iza.org/en/webcontent/publications/papers/viewAbstract?dp_id=9863)>.

adicionando-se novo sistema de seguro-desemprego para trabalhadores atípicos, contratados por projeto<sup>24</sup>. Na Alemanha, o seguro-desemprego é de até 50 meses<sup>25</sup>.

Nos países também se mostra o que se chama de *active labor market policies* – ALMP, que são medidas governamentais de aumento da empregabilidade de trabalhadores vulneráveis pela sua formação e qualificação ou por incentivos financeiros ao empregador na contratação desses trabalhadores, sendo que alguns estudos demonstram que esses programas aumentam a possibilidade de desemprego no longo prazo<sup>26</sup>.

Até o Fundo Monetário Internacional – FMI, que antes incentivavam as políticas de austeridade, agora já afirma que “em vez de gerar crescimento, algumas políticas neoliberais aumentaram a desigualdade, colocando em risco uma expansão duradoura.” Aduziram ainda que “o aumento da desigualdade prejudica o nível e a sustentabilidade do crescimento”, e que “mesmo que o crescimento seja o único ou principal objetivo da agenda neoliberal, os defensores dessa agenda devem prestar atenção nos efeitos de distribuição”. Alertaram, ainda, que essas políticas geram “custos sociais substanciais” e que também “prejudicam a demanda” e aprofundam o desemprego<sup>27</sup>.

### 5 – O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O Direito do Trabalho foi criado tendo em vista a disparidade existente e inata à relação empregatícia. A hipossuficiência do trabalhador é derivada da posição de vulnerabilidade dentro da relação jurídica de trabalho, não tendo qualquer relação com salário, nível de educação ou de informação das partes. A vulnerabilidade se refere ao exercício efetivo da autonomia da vontade. Hoje essa noção não é exclusiva do Direito do Trabalho. Um consumidor é considerado hipossuficiente não importando sua condição pessoal: basta que figure na posição ativa de consumo (art. 4º, I, Lei nº 8.078/90). Da mesma forma, um idoso, para ser considerado credor de proteção integral, basta-lhe ter idade igual ou superior a 60 anos (art. 1º da Lei nº 10.741/03). Não há direito do idoso ou do consumidor sem a noção de proteção.

24 *Idem, ibidem*. 13 meses de contribuição nos quatro anos antes do desemprego.

25 *Idem*, p. 16.

26 *Idem*, p. 17.

27 Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/fmi-diz-que-politicas-neoliberais-aumentaram-desigualdade.html>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

## DOCTRINA

Da mesmíssima forma ocorre com o Direito do Trabalho. Conforme o primeiro princípio da Organização Internacional do Trabalho, “o trabalho não é uma mercadoria”. Esse princípio reconhece que a força de trabalho é uma ficção necessária para o funcionamento do capitalismo<sup>28</sup>, sendo que o que existe, na vida real, é um ser humano que trabalha, sendo impossível a garantia da dignidade da pessoa humana sem a criação de um direito com racionalidade diferente daquele que lida com as coisas postas no mercado. O direito civil é inapto para realizar tal tarefa, afirma a Organização Internacional do Trabalho com esse princípio.

E esse direito com racionalidade diversa é o direito do trabalho, e sua base é o princípio da proteção. O direito do trabalho, assim, não pode ser considerado com “o ramo do direito que regula as relações de trabalho” ou que “prevê direitos e deveres a empregados e empregadores”. O direito do trabalho digno desse nome é o ramo do direito composto de regras, princípios, institutos e instituição que realiza a proteção do trabalhador nas relações de trabalho. A proteção, por sua vez, vai ser implementada ao limitar o poder do empregador, impedindo-o de impor sempre sua própria vontade. O pressuposto do direito do trabalho é que o empregador vai realizar sua vontade e vai transformá-la em cláusula contratual, impedindo a lei que isso ocorra em determinados momentos (arts. 9º e 444 da CLT).

Assim, neste momento, não há que ser contra ou a favor da reforma trabalhista. Esta já ocorreu. Esta é a hora, no entanto, de ser fiel ao direito do trabalho. E, como visto acima, não há direito do trabalho sem o princípio da proteção.

De fato, as novas regras, ao ingressarem na ordem jurídica, devem ser analisadas a partir do próprio sistema. Não há mais reforma: há regras que se inseriram em todo o arcabouço de comandos, de ordem constitucional, convencional ou legal, e que terão que dialogar entre si. Os dispositivos dos arts. 2º, 3º, 9º, 444 e 468, por exemplo, ainda estão em vigor. Os princípios do direito do trabalho, todos oriundos do princípio da proteção, ainda vigem.

A título de exemplo, tome-se o dispositivo a seguir trazido pela reforma:

“Art. 456-A. Cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada.

---

28 POLANYI, Karl. *A grande transformação*. As origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

## DOCTRINA

Parágrafo único. A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum.”

Trata-se de uma não norma. De fato, é um dispositivo com forma de lei, mas somente conteúdo de natureza contratual. Ou seja, não tem eficácia nenhuma. Senão vejamos. No *caput* afirma-se que cabe ao empregador definir o padrão de vestimento no local de trabalho, o que decorre do poder diretivo do empregador. Também afirma que é lícita a inclusão no uniforme de logotipos. Ora, como não há dispositivo legal em sentido contrário, pelo princípio da legalidade, isso sempre foi permitido ao empregado. Entretanto, em nenhum momento está dito – e nem poderia estar – que o direito à imagem do trabalhador não deve ser resguardado, conforme determinam a Constituição da República (art. 5º, X e XXVIII, alínea *a*) e o Código Civil (art. 20). Por óbvio que é necessária a autorização do trabalhador e a remuneração pelo uso de sua imagem, conforme os dispositivos legais citados. O parágrafo é ainda mais sem eficácia: o trabalhador deve higienizar o uniforme, salvo em algumas situações. Esta última parte, as exceções, tem conteúdo normativo: o empregador não pode obrigar o empregado a higienizar uniformes se necessário procedimento ou produtos especiais. Mas, por óbvio, o tempo necessário para a higienização do uniforme nos casos permitidos é tempo de trabalho, pois o trabalhador está à disposição do empregador, devendo ser computado e, obviamente, remunerado, dado o caráter sinalagmático do contrato. Assim, o dispositivo legal citado pode ser considerado como uma não norma, pois não contém conteúdo normativo, não tendo eficácia prática nenhuma quando inserido no ordenamento jurídico.

O dispositivo foi trazido somente como exemplo, podendo ser reproduzido o exercício de transformação de previsões legais em direito em quase todas as “novidades” trazidas pela reforma vândala.

Se o legislador tentou destruir a coerência e a integridade do sistema, cabe ao intérprete a sua restituição. Não será a primeira vez: faz-se isso em todo o mundo, a toda hora. A todo o momento, juízes e outros intérpretes desfazem o delírio autoritário de estilo napoleônico da lei como regra fria e exata, que tentou legitimar o holocausto. E assim novamente será realizado pelos intérpretes do direito do trabalho.

## 6 – CONCLUSÃO

O caso brasileiro se aproxima mais do modelo ditatorial chileno do que o europeu. Ou seja, estamos prestes a aprofundar a desigualdade sem qualquer rede de proteção social. Quanto mais desiguais suportamos ser?

## DOCTRINA

Em seu conto “As neves do Kilimanjaro”, Ernest Hemingway traz no início uma pequena história. Ele afirma que no topo nevado do Kilimanjaro, que é a montanha mais alta do continente africano, há um corpo de leopardo desidratado e congelado. Ninguém sabe como e por que o leopardo foi parar naquele local.

Estamos, atualmente, observando o leopardo subir rumo ao suicídio. Temos que impedi-lo de prosseguir esse caminho. As futuras gerações, caso assim não o façamos, com certeza irão perguntar como e por que deixamos ele chegar àquele local.

No jogo de xadrez, o xeque não indica o fim do jogo. Na realidade, inclusive, não há fim da história. Mas momentos de derrota – e suas consequências – podem ser evitados se os lances forem realizados em determinados momentos, principalmente naqueles em que a dignidade de um povo é posta em xeque.

# ALGUNS ASPECTOS SINDICAIS DA REFORMA TRABALHISTA

Sergio Pinto Martins\*

## 1 – INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 alterou 97 artigos da CLT, além de outros artigos da Lei nº 6.019/74 (trabalho temporário) e da Lei nº 8.212/91 (Custeio da Seguridade Social). Foram, portanto, alterados muitos dispositivos, com nova redação e novo sentido.

Em muitos assuntos é possível dizer onde o legislador quis chegar, mas em outros não, havendo necessidade de ser formada uma nova teoria e uma nova jurisprudência sobre o tema.

Vou trazer algumas primeiras impressões do negociado sobre o legislado, mas que dependem do entendimento que vier a ser adotado pelo TST e pelo STF, principalmente o STF, em se tratando de matéria constitucional.

Essas primeiras impressões são minhas e não representam o entendimento da Justiça do Trabalho sobre o tema.

## 2 – FUNDAMENTOS DA REFORMA

Constata-se da exposição de motivos dos artigos alterados pela reforma trabalhista que os fundamentos da reforma foram:

a) reduzir os excessos legislativos da Justiça do Trabalho, o ativismo judicial;

b) diminuir o número de ações na Justiça do Trabalho, pois têm sido propostas mais de três milhões de ações por ano;

c) considerar o empregado uma pessoa capaz de direitos e obrigações e não o hipossuficiente, em razão das alegações de indisponibilidade de direitos trabalhistas;

---

\* Desembargador do TRT da 2ª Região.

## DOCTRINA

d) prestigiar a negociação coletiva, em razão da anulação de cláusulas convencionais. Daí se fala na intervenção mínima da Justiça do Trabalho sobre o que foi estabelecido pelas partes. Não haverá, inclusive, necessidade de contrapartidas na negociação coletiva;

e) incentivar o diálogo entre empregados e empregadores, prestigiando a negociação coletiva;

f) permitir que os sindicatos possam negociar e que isso tenha total validade, mas não possa ser posteriormente alterado pela Justiça do Trabalho;

g) acelerar o andamento do processo trabalhista;

h) responsabilidade processual, como da falta de sucumbência na Justiça do Trabalho, que incentiva fazer pedidos sem fundamento, e do grande número de pedidos nas petições iniciais, passando a haver a necessidade de uma postulação responsável; litigância de má-fé prevista na própria CLT;

i) tendência de adotar a flexibilização dos direitos trabalhistas, como ocorre na Europa, de modo a manter os empregos. A França está fazendo nova reforma do seu Código do Trabalho, que entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2018, tendo por fundamento a flexibilização dos direitos trabalhistas, reduzindo direitos trabalhistas;

j) racionalização processual, mediante a utilização da transcendência e simplificação recursal;

k) utilização de meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, a negociação entre as partes para dar fim ao contrato de trabalho e a homologação judicial de tal acordo, mediante procedimento voluntário.

No âmbito sindical, seria melhor ter sido feita uma reforma do art. 8º da Constituição, prevendo a liberdade sindical, tal qual preconizada na Convenção nº 87 da OIT, permitindo a livre constituição de sindicatos; não se estabelecer sindicatos por categorias; não se exigir contribuições compulsórias de associados e não associados à agremiação. Esses aspectos contidos no art. 8º da Constituição impedem o Brasil de ratificar a Convenção nº 87 da OIT e exigem uma reforma constitucional.

Entretanto, fazer uma reforma constitucional é muito mais difícil, pois a emenda constitucional precisa de 3/5 dos votos de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votações em cada uma (§ 2º do art. 60 da Constituição).

### 3 – CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Reza o inciso IV do art. 8º da Constituição:

“Art. 8º (...)

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, *independentemente da contribuição prevista em lei.*”

O dispositivo faz referência a duas contribuições. A primeira parte diz respeito à contribuição fixada pela Assembleia Geral do sindicato para o sistema confederativo, que é chamada de contribuição confederativa.

A segunda parte trata de uma contribuição prevista em lei. Depende, portanto, para ser criada, da previsão de lei. Hoje, é a contribuição sindical, prevista nos arts. 578 a 610 da CLT, que era o antigo imposto sindical. A Constituição recepciona, portanto, os arts. 578 a 610 da CLT.

Os artigos alterados da CLT por meio da Lei nº 13.467/2017 (arts. 545, 578, 579, 582, 583 e 602) exigem autorização expressa da pessoa para que haja o recolhimento da contribuição sindical, tanto de empregados, empregadores, autônomos e avulsos.

A contribuição sindical passa a ser uma exigência facultativa, voluntária. Trabalhador ou empregador poderão optar em recolher ou não a contribuição sindical. Juridicamente poderia ser chamada de doação o ato do empregado em contribuir para o sindicato, pois não tem mais obrigação legal de fazê-lo.

Não tem mais natureza de tributo a contribuição sindical.

Prescreve o art. 3º do CTN:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Tributo é, portanto, uma prestação compulsória (art. 3º do CTN). A contribuição sindical não é mais uma exigência compulsória em decorrência das alterações promovidas pela Lei nº 13.467, mas facultativa. Logo, não é mais um tributo.

## DOCTRINA

A Constituição não dispõe como a “contribuição prevista em lei” vai ser estabelecida e quais serão os seus termos, mas apenas que ela depende da previsão da lei.

O legislador pode, portanto, instituir ou não a contribuição por meio de lei. Pode estabelecer a contribuição e pode não querer estabelecer a contribuição, não editando a lei para regulamentar essa parte final do inciso IV do art. 8º da Constituição.

A Lei Maior não dispõe que a contribuição prevista em lei terá ou não natureza tributária, nem que será compulsória ou facultativa, apenas que será prevista em lei, na forma como a lei determinar as suas características.

O Ministro Celso de Mello, ao não admitir ADPF, afirmou que “poder-se-ia alegar que a própria Constituição prevê a existência da contribuição sindical, no inciso IV do art. 8º e na cabeça do art. 149. Mas tais dispositivos não fazem qualquer referência à obrigatoriedade da contribuição. É a Consolidação das Leis do Trabalho que torna impositivo o pagamento da contribuição sindical” (01.02.2013).

Trata o art. 149 da Constituição da contribuição social de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Compete à União instituir essa contribuição social.

Regras gerais sobre tributação são estabelecidas por lei complementar (art. 146, III, da Constituição), como fato gerador, base de cálculo, contribuinte e alíquota. Já há previsão genérica sobre a contribuição sindical no inciso I do art. 217 do CTN.

A matéria não é, portanto, de lei complementar, mas de lei ordinária. A União pode instituir ou pode não instituir a contribuição prevista em lei. Cabe a ela a escolha. Isso será feito por lei ordinária federal.

Nada impede que a lei ordinária federal determine que a contribuição tenha característica voluntária ou facultativa, mas não compulsória, como foi feito pelos arts. 545, 578, 579, 582, 583 e 602 da CLT, de acordo com a redação da Lei nº 13.467/2017.

Não vejo inconstitucionalidade da Lei nº 13.467/2017 no ponto de tornar a contribuição sindical facultativa.

Sendo a contribuição sindical facultativa, ela não tem natureza tributária e não é mais uma contribuição social enquadrada no art. 149 da Constituição, justamente por não ser compulsória, mas facultativa.

## DOCTRINA

A quase totalidade da contribuição sindical de 2017 já foi arrecadada no momento em que se escreve este artigo. O problema das receitas sindicais passa para o ano de 2018, pois o sindicato vai ter que sobreviver com as receitas da mensalidade sindical e das contribuições confederativa e assistencial dos associados.

### 4 – NEGOCIAÇÃO POR CATEGORIA

A Constituição de 1988 reconhece a existência de sindicatos por categoria e da própria categoria em vários de seus dispositivos:

“Art. 7º (...)

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

(...)

Art. 8º (...)

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de *categoria* profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

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

IV – a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de *categoria* profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

(...)

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das *categorias* profissionais ou econômicas,

(...)

Art. 206 (...)

Parágrafo único. A lei disporá sobre as *categorias* de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

A Constituição reconhece a existência da categoria profissional (art. 8º, IV e parágrafo único do art. 206) e da econômica (arts. 8º, II, e 149).

O sindicato defende os interesses individuais e coletivos da categoria (art. 8º, III, da Constituição). É função do sindicato representar a categoria em questões judiciais ou administrativas (art. 513, *a*, da CLT).

Mesmo com as alterações feitas na CLT, inclusive com a transformação da contribuição sindical numa exigência facultativa e não compulsória, as negociações sindicais e as convenções e os acordos coletivos continuarão a ter validade para a categoria, pois a Constituição reconhece a existência das categorias (parágrafo único do art. 7º, art. 8º, II, III e IV).

A norma coletiva vale tanto para sócios como para não associados do sindicato, independentemente do pagamento de contribuições.

O não associado não terá de pagar contribuição para que possa fazer jus aos direitos estabelecidos na norma coletiva.

## 5 – RECONHECIMENTO DAS NORMAS COLETIVAS

Previa a Constituição de 1934: “reconhecimento das convenções coletivas de trabalho” (art. 121, § 1º, *j*).

Disponha a Lei Maior de 1937:

“Art. 137. (...)

a) Os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam.”

A regra tratava de sujeitos, de extensão subjetiva:

“Art. 137. (...)

b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho.”

## DOCTRINA

Em 1943, os arts. 611 a 625 da CLT faziam referência ao contrato coletivo de trabalho.

A Constituição de 1946 voltou a reconhecer as convenções coletivas de trabalho: “reconhecimento das convenções coletivas de trabalho” (art. 157, XIII).

A Carta Magna de 1967 mencionava o “reconhecimento das convenções coletivas de trabalho” (art. 158, XIV).

O Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1968, modificou a expressão “contrato coletivo de trabalho” contida na CLT para convenção e acordo coletivo (arts. 611 a 625 da CLT). A origem seria da legislação francesa, em que faz referência a *convention collective*.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve a redação da norma constitucional anterior: “reconhecimento das convenções coletivas de trabalho” (art. 165, XIV).

A Constituição de 1988 fez referência à norma coletiva ou à negociação coletiva em vários dos seus dispositivos:

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

(...)

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

(...)

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

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

(...)

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.”

O STF já entendeu por dar plena validade à previsão da norma coletiva com base no inciso XXVI do art. 7º da Constituição. A quitação feita na rescisão do contrato de trabalho é ampla e abrange todas as verbas do extinto pacto laboral, se assim foi previsto na norma coletiva. Era um caso do Banco do Estado de Santa Catarina, que foi comprado pelo Banco do Brasil:

“Direito do Trabalho. Acordo coletivo. Plano de dispensa incentivada. Validade e efeitos. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 6. Provisão do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado’.” (STF, Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015)

Mais recentemente, ao examinar a supressão das horas *in itinere* por meio de acordo coletivo de trabalho, decidiu-se pela sua validade (STF, RE 895.759/PE, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, DJe 13.09.2016).

Talvez tenha sido essa a tendência da reforma dizer que o negociado prevaleceria sobre o legislado (art. 611-A da CLT).

### 6 – NEGOCIADO E LEGISLADO

O art. 620 da CLT é claro no sentido de que o acordo coletivo prevalecerá sobre a convenção coletiva. Parece ser a ideia da especialização do acordo coletivo.

A interpretação do negociado sobre o legislado, para mim, dependerá de cada caso em concreto.

Está bem claro no art. 611-A da CLT o que pode ser negociado, que inclusive traz hipóteses exemplificativas e não taxativas, pois o artigo usa a expressão “entre outros”.

No art. 611-B da CLT ficou especificado o que não pode ser negociado, que se constitui em objeto ilícito da convenção ou acordo coletivo. O art. 611-B da CLT tem fundamento nos incisos do art. 7º e no art. 8º da Constituição, que tratam de limites mínimos de direitos dos empregados. O mais dependerá do que foi negociado.

### 7 – ULTRATIVIDADE

Ultratividade é a aderência de forma definitiva das cláusulas normativas da norma coletiva nos contratos individuais de trabalho por período superior à sua vigência. Ultratividade parece denominação mais apropriada. “Ultra” quer dizer “excesso”, “além de”, “acima de”, “fora de”. “Atividade” significa “a soma de ações, de atribuições, de encargos ou de serviços desempenhados”.

Mostra o Código do Trabalho português que vigência tem o sentido de delimitar o tempo de duração da convenção coletiva (art. 499). Sobrevigência diz respeito às hipóteses de prorrogação de vigência e de eficácia ultratemporal (art. 501). Sucessão de convenções coletivas compreende a ultratividade das cláusulas da norma coletiva, no que diz respeito à incorporação ou não das vantagens previstas em norma coletiva anterior (art. 503).

A questão da ultratividade vai depender do julgamento que o STF fizer em relação à Súmula nº 277 do TST. Se o STF entender que a ultratividade está no § 2º do art. 114 da Constituição, será inconstitucional o § 3º do art. 614 da CLT. Do contrário, as convenções e acordos coletivos não incorporarão suas regras no contrato de trabalho. Se não existir norma coletiva em vigor, as cláusulas da norma coletiva anterior não se incorporam ao contrato de trabalho.

O Ministro Gilmar Mendes, em liminar, entendeu que a Súmula nº 277 do TST foi firmada sem base legal ou constitucional. Determinou a suspensão de

## DOCTRINA

todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de acordos e de convenções coletivas (ADPF 323/DF, 14.10.2016, na ação proposta pela Confederação dos Estabelecimentos de Ensino).

É preciso que o STF julgue rapidamente a ADPF 323/DF com o objetivo de dizer se o § 2º do art. 114 da Constituição estabelece ou não a ultratividade.

O sistema de não se incorporar a cláusula da norma coletiva ao contrato de trabalho vai forçar os sindicatos de empregados a negociar para se estabelecer as convenções e os acordos coletivos de trabalho. Pode ser um incentivo à negociação coletiva.

Entendendo-se que não mais prevalece a ultratividade, poderá a empresa retornar à prática da legislação em vigor e não mais precisará praticar as vantagens que estavam contidas na convenção coletiva que se extinguiu? Sim, pois não haverá a incorporação das cláusulas normativas no contrato de trabalho dos empregados. Exceção será o piso salarial, que deverá ser mantido, sob pena de haver redução do salário (art. 7º, VI, da Constituição).

Esclarece a Orientação Jurisprudencial nº 41 da SBDI-1 do TST que, preenchidos todos os pressupostos para a aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença profissional, ainda durante a vigência do instrumento normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência do referido instrumento. Penso que esse entendimento do TST deverá ser mantido em razão de ser uma questão social.

Dispõe o § 3º do art. 8º da CLT: “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”. Vigora o requisito do “comum acordo” para o ajuizamento do dissídio coletivo, por ter previsão no § 2º do art. 114 da Constituição. Deve ser observado o comum acordo, na forma do entendimento do TST, pois ele é fundamento constitucional (§ 2º do art. 114 da Constituição), que não pode ser modificado pela Lei nº 13.467/2017. Vai ser exercido da mesma forma como antes, apenas não haverá incorporação das cláusulas da norma coletiva anterior ao contrato de trabalho. Parece que não deve ser observado o critério de cláusulas pré-existentes.

## DOCTRINA

A autonomia da vontade privada coletiva será exercida de forma ampla, com fundamento no inciso XXVI do art. 7º da Constituição, que reconhece as convenções e os acordos coletivos e, portanto, o seu conteúdo.

### 8 – CONCLUSÃO

Como em toda alteração da legislação, há muitas dúvidas na interpretação da Lei nº 13.467/2017, gerando incerteza.

Muitas súmulas e orientações jurisprudenciais do TST vão ter de ser alteradas, pois determinavam num sentido e a Lei nº 13.467 dispõe exatamente em sentido contrário.

O STF precisa se manifestar rapidamente sobre a reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017, seja por meio de Ação Direta de Constitucionalidade ou de Ação Direta de Inconstitucionalidade, de modo a dizer se as alterações feitas são ou não constitucionais. Os legitimados para tanto devem apresentar essas ações ao STF. A partir daí, haverá segurança jurídica em relação às alterações feitas pela Lei nº 13.467/2017 na CLT.

Não é possível que no controle difuso de constitucionalidade um processo leve 15 anos para chegar ao STF para dizer se a reforma trabalhista estabelecida pela Lei nº 13.467/2017 é constitucional ou não. O empregador pode passar a ter um passivo trabalhista, que nem sequer sabia que existia. Daí o fato de o STF modular suas decisões quando declara a inconstitucionalidade de certa norma.

---

## **Doutrina Atual**

---



# ALGUMAS NOTAS ACERCA DAS CONSEQUÊNCIAS JUSLABORAIS DECORRENTES DA CISÃO E FUSÃO DAS SOCIEDADES

Sónia de Carvalho\*

## INTRODUÇÃO

O estabelecimento onde os trabalhadores prestam a sua actividade pode ser transmitido para outra sociedade, no âmbito de processos de fusão e de cisão, verificando-se uma cedência da posição contratual do empregador *ope legis* ou, ainda mais rigorosa, uma sub-rogação *ex lege*.

Nos termos do artigo 285º do Código do Trabalho (CT), os contratos de trabalho mantêm-se com o adquirente do estabelecimento, o qual passa a responder pelas obrigações vencidas antes da transmissão, de que sejam credores os trabalhadores desse estabelecimento.

O transmitente, no entanto, responde solidariamente pelo cumprimento das obrigações vencidas antes da data da transmissão durante o ano subsequente à alienação, de acordo com o artigo 285º, nº 2, do CT.

Ao contrário do que sucedia perante o artigo 319º, nº 3, do CT/2003, o adquirente já não tem a faculdade de mandar afixar um aviso a dar conhecimento aos trabalhadores que têm um prazo de três meses para reclamar os seus créditos.

Neste *paper*, pretendemos discutir a eliminação desta norma no CT/2009, problematizando a sua validade em face da Directiva 2001/23/CE, de 12 de março de 2001.

Avaliaremos, igualmente, as circunstâncias em que o trabalhador pode opor-se à transmissão do estabelecimento, nomeadamente, resolvendo o contrato com justa causa.

---

\* Professora auxiliar convidada do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e investigadora do Instituto Jurídico Portucalense; professora auxiliar convidada do IPMAIA; advogada.

Analisaremos a compatibilidade do regime previsto no artigo 285º, nº 4, do CT, com a Directiva 2001/23/CE, uma vez que esta norma exclui do regime da transmissão de estabelecimento os trabalhadores, cujo contrato de trabalho o transmitente decide manter, mas transfere para outro estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimentos desta, assim, impondo uma articulação com o regime jurídico da transferência de local de trabalho, previsto no artigo 194º do CT.

Tendo como ponto de partida as especificidades decorrentes dos processos de cisão e fusão, regulados no Código das Sociedades Comerciais (CSC), que também iremos analisar, abordaremos as questões suscitadas pelo cumprimento do dever de informação e consulta de representantes de trabalhadores e pelo regime previsto para a representação de trabalhadores após a transmissão.

Por último, faremos uma breve alusão à proibição do despedimento com fundamento na transmissão, em face do artigo 4º, nº 1, da Directiva 2001/23/CE, nomeadamente, o despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho, no contexto da fusão e da cisão, com o propósito de procurar uma solução que concilie os interesses dos trabalhadores e do empregador.

Ao longo deste *paper*, convocaremos, sempre que se imponha, o Direito da União Europeia, nomeadamente, a Directiva 2001/23/CE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

## I – O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO OU EMPRESA

O regime legal da transmissão de estabelecimento surge regulado no artigo 285º, nº 1, do CT/2009, segundo o qual “em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral”<sup>1</sup>.

---

1 A transmissão da empresa ou do estabelecimento encontrava-se tratada no artigo 37º da LCT, tendo sido posteriormente regulada, com modificações consideráveis, nos arts. 318º-321º do CT/2003. O regime actualmente previsto nos arts. 285º-287º do CT/2009 manteve com ligeiras alterações, em que se destacam a responsabilidade pelo pagamento da coima e a eliminação do aviso para reclamação dos créditos, a disciplina legal prevista no CT/2003.

Esta harmonização do regime consagrado nos dois diplomas é, desde logo, explicada pelo facto de ambos pretenderem transpor a Directiva 2001/23/CE, de 12 de março de 2001, relativa à aproximação

Esta norma permite-nos, desde logo, definir o âmbito de aplicação deste regime com recurso a dois critérios: o tipo de negócio pelo qual se concretiza a transmissão e o objecto transmitido<sup>2</sup>.

No que diz respeito ao primeiro, podemos extrair uma noção ampla de transmissão, que inclui vários negócios jurídicos susceptíveis de desencadear a mudança de empregador, entre os quais o trespasse, a locação, a venda judicial, a fusão ou cisão de empresas, entre outras<sup>3</sup>.

Este regime jurídico, pese embora tenha como ponto de partida a transmissão da titularidade da empresa ou do estabelecimento, nos termos do artigo 285º, nº 1, do CT, é igualmente estendido, de acordo com o nº 3, a situações de transmissão temporária, entre as quais a cessão ou reversão de exploração<sup>4</sup>.

das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.

Precedeu esta Directiva, a Directiva 77/187/CEE, de 14 de fevereiro de 1977, que, posteriormente, foi alterada pela Directiva 98/50/CE, de 29 de junho de 1998. Como observa Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho, parte II – situações laborais individuais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 802, nº 7, esta sucessão de directivas revela a preocupação do direito comunitário com a tutela dos trabalhadores afectados pela transmissão.

- 2 Cf. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho, parte II – situações laborais individuais*, cit., p. 804-807, João Reis, “O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagem aos professores doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I. p. 307.
- 3 Em tudo de acordo com a noção sufragada na Directiva 2001/23/CE, no sentido propugnado pelo TJ, segundo a qual, nos termos do artigo 1º, al. b, é considerada “transferência, na acepção da presente directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória”.

Na doutrina, Coutinho de Abreu, “A empresa e o empregador em direito do trabalho”, *Separata do BFD (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, 1983, p. 300, reconduzia à noção de transmissão a “modificação subjectiva do empregador” em virtude de um qualquer acto, negocial ou não negocial, que implicasse a circulação da empresa.

Na jurisprudência, cf. Ac de STJ de 26.03.08, Processo 07S4386 e de 22.09.2011, Processo 45/07.0TTLSB.L1.S1, ambos publicados em: <www.dgsi.pt>.

- 4 Como nota Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho anotado*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 627, esta foi uma das grandes inovações do CT/2003 em relação ao artigo 37º da LCT, acompanhada pela responsabilidade solidária de quem imediatamente antes tenha exercido a exploração. Como refere a citada autora, *ob. cit.*, p. 627, esta solução, para além de estar apoiada na noção ampla de transmissão a que já nos referimos, consagra a interpretação da Directiva 77/187/CEE sufragada pelo TJ, que, progressivamente, foi granjeando apoio na doutrina nacional, apesar de se apresentar contrária à posição dominante nos tribunais portugueses, no sentido de a cessão ou reversão de estabelecimento estar abrangida pelo regime consagrado na Directiva 77/187/CEE e no artigo 37º da LCT, desde que subsistisse a identidade económica do estabelecimento e continuasse a ser prosseguida a actividade. Os tribunais portugueses exigiam que a transmissão estivesse escorada num negócio translativo entre transmitente e adquirente, como dá nota Joana Vasconcelos, “A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho”, *Prontuário de Direito do*

Já no que diz respeito ao objecto, está em causa uma unidade empresarial, incluindo, nesta noção, também partes da empresa ou de estabelecimento, desde que, neste caso, constitua uma unidade económica<sup>5</sup>.

---

*Trabalho*, 71, Centro de Estudos Judiciários, maio/ago. 2005, p. 80. Na jurisprudência comunitária, assume destaque o acórdão do TJ de 18.03.86, *Spijkers*, Proc. 24/85, Colect, p. 1.119, ponto 11, quando é defendido que o critério decisivo para estabelecer a existência de uma transferência, na acepção da Directiva, é saber se a entidade em questão mantém a sua identidade, o que impõe averiguar se a exploração da entidade em questão é efectivamente prosseguida ou retomada pelo novo empresário, com as mesmas actividades económicas ou com actividades da mesma natureza, tomando em consideração o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais, o tipo de empresa ou de estabelecimento de que se trata, a transferência ou não dos elementos corpóreos, tais como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, o emprego ou não por parte do novo empresário do essencial dos efectivos, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de similitude das actividades exercidas antes e depois da transferência e a duração de uma eventual suspensão destas actividades. Todos estes elementos, no entanto, não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente (Cf. acórdão *Spijkers*, citado, pontos ns. 12 e 13). Cf., para maiores desenvolvimentos, Júlio Gomes, “O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no direito do trabalho: o artigo 37º da LCT e a directiva 77/187/CEE”, *Revista de Direito e Estudos Socias*, 1996, ns. 1-2-3-4, p. 77 e ss e *idem*, “A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001. v. I. p. 481 e ss, Joana Simão, “A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional”, *Questões Laborais*, 20, 2002, p. 203 e ss, Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário: a directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português”, *AB VNO AD OMNES*, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995, Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1.323 e ss.

- 5 A noção de unidade económica constante do nº 5 do artigo 285º do CT/2009 corresponde à prevista no artigo 318º, nº 4 do CT/2003, o qual reproduzia o artigo 1º, nº 1, alínea b, da Directiva 2001/23/CE.

Como nota Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho anotado*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 673, o termo “unidade económica” mostra-se mais conforme ao direito nacional do que a expressão utilizada na Directiva “entidade económica”, utilizada na versão portuguesa da mesma, em face do artigo 124º, nº 1, alínea b, do CSC, referente à cisão parcial e da preferência, demonstrada pela jurisprudência, pela expressão, a propósito do trespasse e da locação de estabelecimento, no âmbito da transmissão de estabelecimento. No entanto, sempre se dirá que a Directiva na versão inglesa também refere “an economic entity” no artigo 1º, alínea b.

A transferência parcial do estabelecimento, pese embora não constasse do artigo 37º da LCT, já era admitida pela nossa doutrina. Cf. Coutinho de Abreu, “A empresa e o empregador em direito do trabalho”, cit., p. 300-301.

É entendimento dominante que só existe uma parte de estabelecimento, quando a unidade de produção dispõe de alguma autonomia, como refere Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 461, n. 50. A nossa jurisprudência tem adoptado este conceito amplo de estabelecimento, identificado com uma ideia de unidade produtiva autónoma, em diversas decisões. Cf. Acs. do STJ de 27.05.04, Processo nº 03S2467, de 29.06.05, Processo nº 05S164 e de 24/02/2010, Processo nº 78/1998.S1, disponíveis em: <www.dgsi.pt>.

A este propósito impõe-se referir que a noção de empresa propugnada pelo Tribunal de Justiça, a propósito da transmissão de estabelecimento, apresenta maior amplitude do que a noção de estabelecimento do direito mercantil, abrangendo, como resulta do artigo 1º, nº 1, alínea *c*, da Directiva 2001/23/CE, empresas de natureza mercantil e não mercantil, onde se incluem as empresas sem fins lucrativos<sup>6</sup>.

Está, assim, consagrado no artigo 285º do CT o princípio da sub-rogação *ex lege* do adquirente de estabelecimento na posição contratual nos contratos de trabalho existentes nessa data, bem como em quaisquer direitos e obrigações emergentes desses contratos, no âmbito da transmissão do estabelecimento ou empresa ou parte desta, desde que constitua uma unidade económica<sup>7</sup>.

---

6 A noção de empresa, apesar de mais ampla, em algumas decisões não nos parece assim tão distante da noção de estabelecimento comercial propugnada pela doutrina, como resulta do cotejo de Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, Almedina: Coimbra, 2013. p. 281, com a noção sustentada no Ac. do TJ de 19 de setembro de 1995, *Ledernes Hovedorganisation, agindo por conta de Ole Rygaard contra Dansk Arbejdsgiverforening*, Processo C-48/94, European Court Reports 1995, I-02745, no qual foi exigido, para aplicação da Directiva, que a transferência fosse acompanhada de um conjunto organizado de elementos que permitisse a prossecução, de modo estável, de todas ou de parte das actividades da empresa cedente.

Temos algumas dúvidas que já se possa identificar um conceito específico de empresa no direito laboral, que Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português”, cit., p. 1.347, citando Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 1993, p. 250, reconduz a “simples organização duradoura de actividades assalariadas”. No entanto, não podemos deixar de assinalar que o Tribunal, no acórdão de 14 de abril de 1994, *Christel Schmidt contra Spar-und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Processo C-392/92, Colectânea de Jurisprudência 1994, I-01311, considerou abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 77/187/CEE, uma situação, em que o empresário confia, por contrato, a um outro empresário a responsabilidade de executar os trabalhos de limpeza anteriormente assegurados de modo directo, mesmo que, antes da transferência, esses trabalhos fossem executados por uma única empregada.

Também no Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 2 de dezembro de 1999, *G. C. Allen contra Amalgamated Construction Co. Ltd.*, Processo C-234/98, Colectânea da Jurisprudência 1997, I-01259, ponto 39, o conceito de entidade económica foi reconduzido a “um conjunto organizado de pessoas e elementos que permitem o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio”.

Por último, no Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 10 de dezembro de 1998, *Francisco Hernández Vidal SA contra Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez e Contratas y Limpiezas SL* (C-127/96), *Friedrich Santner contra Hoechst AG* (C-229/96), e *Mercedes Gómez Montaña contra Claro Sol SA e Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (C-74/97), Processos apensos C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Colectânea de Jurisprudência 1998, I-08179, ponto 35, o tribunal também sustentou que “o conceito de entidade económica remete para um conjunto organizado de pessoas e de elementos que permitem o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio”.

7 Nesse sentido, Carlos Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 90, Romano Martinez, *Direito do Trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 785, Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A Reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 460, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 815.

Nos termos do citado artigo 285º do CT, os contratos de trabalho mantêm-se com o adquirente do estabelecimento, o qual passa a responder pelas obrigações vencidas antes da transmissão de que sejam credores os trabalhadores desse estabelecimento.

O transmitente, no entanto, responde solidariamente *ope legis* pelo cumprimento das obrigações vencidas antes da data da transmissão durante o ano subsequente à alienação, de acordo com o artigo 285º, nº 2, do CT<sup>8</sup>.

Ao contrário do que sucedia perante o artigo 319º, nº 3, do CT/2003, o adquirente já não tem a faculdade de mandar afixar um aviso a dar conhecimento aos trabalhadores que têm um prazo de três meses para reclamar os seus créditos, sob cominação de estes não se lhe transmitirem, assim permitindo ao adquirente conhecer o montante das obrigações emergentes dos contratos

---

8 A consagração da responsabilidade solidária do transmitente da empresa ou estabelecimento prevista no nº 2 deste artigo 285º, que não é imposta, mas apenas consentida pelo artigo 3º, nº 1, parte final da Directiva, reforça a garantia patrimonial dos trabalhadores e tutela, ainda que, como refere Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2016, cit., p. 670, “de forma reflexa e muito insuficiente”, o adquirente, sujeito à regra da *transmissão ope legis* de todos os créditos emergentes dos contratos de trabalho transmitidos.

O Código do Trabalho é omissivo relativamente às relações internas entre transmitente e transmissário. Na esteira de Júlio Gomes, *Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. I. p. 832, tendo em conta que este regime visa proteger o trabalhador, sendo a responsabilidade do adquirente uma garantia legal do pagamento dessas dívidas, parece que o adquirente terá direito de regresso contra o transmitente.

No mesmo sentido, António Gonçalves Rocha, “Transmissão de Estabelecimento. Manutenção dos Contratos de Trabalho”, *Prontuário do direito do trabalho*, 79-81, Centro de Estudos Judiciários, 1990, p. 289-302, acrescentando, com acerto, que será sempre de atender ao que tiver sido convencionado pelas partes sobre esta matéria.

Em sentido contrário, Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2016, cit., p. 670, sustenta que o pagamento pelo transmitente de dívidas referentes aos vínculos laborais transmitidos atribui-lhe o direito de regresso contra o respectivo adquirente, principal obrigado, nos termos legais, salvo convenção em contrário. Esta solidariedade é imperativa. Cf. Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2016, cit., p. 670.

Ao contrário do previsto no artigo 37º da LCT, segundo o qual a responsabilidade do adquirente se reportava às obrigações vencidas nos seis meses anteriores à transmissão, o artigo 318º do CT, tal como o artigo 285º do CT, não limita temporalmente a eficácia retroactiva da transmissão. Cf. Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 787. O que é justificado pelo facto de o estabelecimento, enquanto garantia dos créditos, passar a ser detido pelo adquirente. Cf. Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 468.

de trabalho abrangidos que se lhe iriam transmitir *ope legis*, facilitando uma avaliação mais precisa dos termos do negócio<sup>9</sup>.

Alguma doutrina sublinhava que esta limitação da responsabilidade do adquirente aos créditos reclamados no prazo de três meses poderia ser incompatível com a sub-rogação *ex lege* do transmissário, em todos os direitos e obrigações do transmitente emergentes das relações laborais existentes, imposta pelo artigo 3º da Directiva<sup>10</sup>.

Parece-nos, no entanto, que estas dúvidas carecem, em nossa opinião, de fundamento, porquanto, por um lado, o transmissário só não seria responsável pelos créditos que os trabalhadores não reclamassem por manifesta falta de diligência<sup>11</sup>. Por outro lado, o artigo 319º, nº 3, do CT, reconhecia apenas a faculdade de colocar este aviso, eliminando a natureza imperativa que rodeava a afixação deste aviso no artigo 37º da LCT<sup>12</sup>.

Aliás, esta norma mostra-se compatível com a Directiva 2001/23/CE quando, no artigo 3º, nº 2, admite que os Estados-Membros adoptem as medidas adequadas para assegurar que o cedente notifique o cessionário de todos os direitos e obrigações transferidos para este último nos termos do presente artigo, na medida em que esses direitos e obrigações sejam, ou devessem ser, do conhecimento do cedente no momento da transferência<sup>13</sup>. Em face deste apoio da Directiva, não se compreende, por isso, por que razão a revisão de 2009 do CT eliminou esta norma, negando ao adquirente, o qual, após um ano, é o único obrigado por todos os créditos laborais dos trabalhadores abrangidos

9 Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho*, 2016, cit., p. 671, enfatizando o propósito exclusivo de tutela do adquirente prosseguido por esta norma, ao permitir que este conseguisse evitar surpresas indesejadas resultantes da transmissão das obrigações resultantes dos contratos de trabalho. No mesmo sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, 2017, cit., p. 792. Em sentido oposto, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 814, ainda que reconheça que esta norma impedia que o adquirente fosse surpreendido com os créditos dos trabalhadores, considera que esta norma limitava a tutela dos trabalhadores ao condicionar o regime da solidariedade.

10 Joana Vasconcelos, “Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 87, Centro de Estudos Judiciários, set./dez. 2010, p. 174.

11 Seguindo de perto, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 792, que refere “o adquirente só não assumirá as dívidas de trabalhadores que tenham agido com incúria”.

12 Nos termos do artigo 37º da LCT, o adquirente tinha a obrigação, durante os quinze dias anteriores à transacção, de fazer afixar um aviso nos locais de trabalho no qual se dava conhecimento aos trabalhadores que deveriam reclamar os seus créditos, sob pena de responder por todos os créditos, ainda que vencidos há mais de seis meses. Cf. Joana Simão, “A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional”, cit., p. 214.

13 Cf. realçando esta preocupação da Directiva, Joana Vasconcelos, “Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente”, cit., p. 176.

pela transmissão, um conhecimento mais rigoroso dos créditos e do respectivo montante<sup>14</sup>.

Acompanhamos Joana Vasconcelos, quando sustenta a utilidade da afixação, pelo adquirente, de um aviso a marcar um prazo para a reclamação de créditos pelos trabalhadores, uma vez que este aviso, pese embora não lhe esteja associada qualquer sanção, reforça a boa fé, podendo justificar, no caso de omissão deliberada de créditos pelos trabalhadores, a aplicação do instituto do abuso de direito, nos termos do artigo 334º do Código Civil (CC), por estar em causa um comportamento reconduzível ao *venire contra factum proprium*<sup>15</sup>.

Desde o CT/2009, transmite-se também para o adquirente da empresa ou do estabelecimento, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada ao transmitente pela prática de contraordenação laboral (artigo 285º, nº 1, *in fine*)<sup>16</sup>.

## II – O DIREITO DO TRABALHADOR A OPOR-SE À TRANSMISSÃO DO SEU CONTRATO DE TRABALHO NA SEQUÊNCIA DA TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO

Como já referimos, a sub-rogação *ex lege* do adquirente nas relações contratuais existentes, verificada no âmbito da transmissão de estabelecimento, prescinde do consentimento dos trabalhadores.

Mantém-se, todavia, em aberto, a questão do exercício, por parte de trabalhadores abrangidos por uma transmissão de empresa ou estabelecimento, de um direito de oposição à transferência do seu contrato de trabalho para o adquirente.

---

14 Cf. Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho*, 2016, cit., p. 671. O que justifica que Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 792, a considere “uma regra de grande utilidade prática”.

Alguma doutrina, todavia, realçava a fragilidade do artigo 319º do CT/2003, uma vez que, sendo a afixação de aviso uma faculdade que o adquirente pode ou não observar, cuja inobservância implicava uma contraordenação leve, este preceito poderá não ser aplicável, assim, prejudicando a limitação da responsabilidade do adquirente aos créditos reclamados pelos trabalhadores. Mas, neste caso, estaria em causa a incúria do adquirente, suportando, por isso, as consequências. Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit. p. 468. Este carácter facultativo, na nossa opinião, milita em favor da compatibilidade desta norma em face da Directiva 2001/23/CE.

15 Joana Vasconcelos, “Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente”, cit., p. 181-182.

16 A qual se mantém relativamente a trabalhadores que, por terem sido transferidos pelo transmitente para outros estabelecimentos, estão excluídos pelo artigo 285º, nº 4, do CT, do regime da transmissão.

Em favor do reconhecimento deste direito é invocada a decisão do TJ no caso *Katsikas*, no qual estava em causa o reconhecimento ao trabalhador do direito de oposição à transferência do seu contrato de trabalho<sup>17</sup>.

O TJ, alegando que a obrigação do trabalhador de manter a relação de trabalho com o adquirente poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, que deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode ser obrigado a trabalhar para uma entidade patronal que não escolheu livremente, considerou que o artigo 3º, nº 1, da Directiva, deve ser interpretado no sentido de que não obsta a que um trabalhador empregado pelo cedente, à data da transferência da empresa, na acepção do nº 1 do artigo 1º da Directiva, se oponha à transferência do seu contrato ou da sua relação laboral para o cessionário.

No entanto, também entendeu que a Directiva não obriga os Estados-Membros a prever que, na hipótese de o trabalhador decidir livremente não manter o contrato ou a relação laboral com o cessionário, o contrato ou a relação de trabalho se mantém com o cedente, cabendo aos Estados-Membros determinar o destino reservado ao contrato ou à relação laboral com o cedente<sup>18</sup>.

---

17 Acórdão do TJ de 16.12.92, *Grigorios Katsikas contra Angelos Konstantinidis e Uwe Skreb e Günter Schroll contra PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, Processos apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Colectânea de Jurisprudência 1992, I-06577.

Neste acórdão, estava em causa *Grigorios Katsikas*, cozinheiro num restaurante explorado por *Angelos Konstantinidis* que, posteriormente, cedeu a exploração do restaurante a um terceiro. *Katsikas*, opondo-se à transferência de estabelecimento, pretendeu continuar ao serviço do empregador primitivo num dos outros estabelecimentos que este explorava, acabando por ser despedido pelo cedente. Em síntese, os Tribunais de Trabalho Alemães questionavam: se era compatível com o artigo 3º, nº 1, da citada Directiva, a jurisprudência alemã quando sustentava que um trabalhador, na hipótese de transmissão do estabelecimento ou parte do estabelecimento, tinha o direito de recusar a transferência do seu contrato de trabalho e, inclusive, impor, quando possível, a continuação da sua relação laboral com o transmitente; e/ou se este direito de o trabalhador se opor à transmissão do seu contrato de trabalho deveria ser considerado como um tratamento mais favorável permitido pelo seu artigo 7º.

Sobre este caso, cf. Júlio Gomes, “A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?”, cit., p. 127 e ss, Joana Simão, “A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional”, cit., p. 210-211.

18 Esta orientação do TJ foi mantida nos Acs. de 07.03.96, *Albert Merckx e Patrick Neuhuys/Ford Motors Company Belgium SA*, Proc. C-171/94 e C-172/94, European Court Reports 1996, I-01253.

No Ac. de 12.11.98, *Europièces SA e Wil-fred Sanders/Automotive Industries Holding Company SA*, Proc. C-399/96, Colectânea de Jurisprudência 1998, I-06965, para além de ser reafirmado que a protecção que a Directiva pretende garantir carece de objecto se o próprio interessado, na sequência de uma decisão por si livremente tomada, decide não continuar, após a transferência, a relação de trabalho com o novo empresário, seguindo as decisões do Tribunal de Justiça, nos acórdãos de 11 de julho de 1985, *Danmols Inventar*, 105/84, *Recueil*, p. 2.639, e no *Katsikas*, já cit., cabendo aos Estados-Membros decidir o destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho (itens 38 e 39), sublinha que, nos termos do artigo 4º, nº 2, da Directiva, se o contrato de trabalho cessar pelo facto de a transferência, na acepção do nº 1 do artigo 1º implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão considera-se como sendo da responsabilidade do empregador (item 40).

Alguma doutrina, em face do silêncio do CT, defende a existência de uma lacuna, que, sendo integrada, de acordo com a jurisprudência comunitária, deve reconhecer ao trabalhador o direito de se opor à transferência, mantendo o seu contrato de trabalho com o transmitente<sup>19</sup>.

Tal significa que, tendo sido transmitida apenas parte da empresa ou do estabelecimento, como sucede na cisão simples, o trabalhador deve ocupar um posto de trabalho no estabelecimento ou noutra estabelecimento de que seja titular.

No caso de tal não ser possível, o contrato caduca, nos termos do artigo 346º, assistindo ao trabalhador o direito a uma compensação<sup>20</sup>.

Não nos parece, todavia, que da jurisprudência do TJ possa ser extraída a dependência da sub-rogação *ex lege* do adquirente no contrato de trabalho da anuência do trabalhador<sup>21</sup>.

O facto de ser reconhecida ao trabalhador a faculdade de opor-se à transferência do seu contrato, não beneficiando da protecção que lhe concede a Directiva, conjugada com a interpretação do TJ, de acordo com a qual a Directiva não obriga os Estados-Membros a determinar que o contrato ou relação de trabalho se mantenha com o transmitente, cabendo a estes prever que, neste caso, o contrato ou a relação de trabalho devam ser considerados como cessados, quer por iniciativa do trabalhador, quer por iniciativa da entidade patronal, não se mostra incompatível com o entendimento que rejeita o reconhecimento

---

19 Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, cit., p. 473-474, Júlio Gomes, “O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no direito do trabalho: o artigo 37º da LCT e a Directiva 77/187/CEE”, cit., p. 166 e ss, *idem*, “A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?”, cit., p. 517 e ss.

20 A aplicação do artigo 346º do CT depende, como assinala Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit. p. 474, de uma interpretação restritiva, já que a transmissão da empresa ou do estabelecimento está excluída do âmbito deste artigo, nos termos do nº 1.

21 Na nossa jurisprudência, reconhecem um direito de oposição, no sentido em que o trabalhador, no caso de não pretender prosseguir a sua relação de trabalho, com o adquirente, poderá opor-se à transferência, “rescindindo o contrato de trabalho, considerando-se esta rescisão da responsabilidade da entidade empregadora”, com apoio na jurisprudência comunitária e no nº 2 do artigo 4º da Directiva, os acórdãos do STJ de 27.05.04, Processo nº 03S2467, de 29.06.05, Processo nº 05S164, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). O Ac. do STJ de 24.02.2010, Processo nº 78/1998.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), expressamente refere que o consentimento por parte do trabalhador não é, nem face ao artigo 37º da LCT, nem face ao disposto na Directiva 77/187/CEE, requisito de validade ou sequer de eficácia da transmissão, bastando a transmissão de estabelecimento ou de parte deste ou a cessão da sua exploração, acrescentando que a dispensa do consentimento do trabalhador para a transmissão da posição da entidade patronal do cedente para o cessionário não ofende os artigos 2º e 53º da Constituição.

ao trabalhador do direito a exigir a manutenção do contrato de trabalho com o primitivo empregador, exigindo a colocação noutra posto de trabalho ou convocando a caducidade do contrato de trabalho.

Com efeito, é pacífico que o regime de transmissão de estabelecimento também assegura interesses do transmitente e do adquirente, desde logo, a liberdade do empresário de celebrar os negócios que considerar relevantes sobre a sua empresa ou a parte dela, no exercício do direito fundamental à iniciativa privada, onde se inclui o direito do adquirente em receber um estabelecimento em condições de funcionar, com trabalhadores<sup>22</sup>.

Porém, tal não impede que o trabalhador se oponha à transmissão da posição contratual, desde logo, denunciando o contrato com aviso prévio, nos termos do artigo 400º, nº 1, do CT<sup>23</sup>.

Também não pode ser excluído que o trabalhador opte pela resolução do contrato, invocando justa causa, nos termos do artigo 394º, nº 3, alínea *b*, do CT, com fundamento em alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador<sup>24</sup>.

Parece que, apurando-se que a transmissão prossegue um intuito fraudulento, o trabalhador poderá resolver o contrato com justa causa, nos termos do artigo 394º, nº 1, alíneas *b* e *e*, com direito à indemnização prevista no artigo 396º, nº 1<sup>25</sup>.

---

22 Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 803 e Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 785.

Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, *IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, 2007, p. 331, invoca ainda interesses, como a negociabilidade das empresas ou estabelecimentos e o funcionamento do mercado, permitindo que as unidades produtivas sejam transmitidas como um todo em funcionamento, do qual são parte integrante as relações laborais.

Este autor, *ob. cit.*, p. 330-331, refere ainda que “a imposição da manutenção dos vínculos laborais com o adquirente do estabelecimento é um importante corolário do princípio da segurança no emprego e da estabilidade dos vínculos laborais, ao qual, como é geralmente reconhecido, está subjacente a consideração do trabalhador como pessoa”.

23 Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 330, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 811.

24 Não podendo, todavia, ser a própria transmissão. Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 785, Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 330.

25 Nesse sentido, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 811. Já Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 785, considera que, nesta hipótese, a transferência, além de

III – ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO REGIME DE EXCLUSÃO DA TRANSMISSÃO DOS TRABALHADORES ANTERIORMENTE TRANSFERIDOS PARA OUTRO ESTABELECIMENTO OU PARTE DE ESTABELECIMENTO OU EMPRESA PREVISTO NO ART. 285, Nº 4, DO CT

Ao arrepio do direito da União Europeia, o artigo 285º, nº 4, do CT, na esteira do artigo 319º, nº 1, exclui a sub-rogação *ex lege* do adquirente nos contratos de trabalho dos trabalhadores que o transmitente tenha transferido para outro estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento, antes da transmissão, mantendo assim o contrato de trabalho, com remissão para o regime da transferência definitiva de local de trabalho, previsto no artigo 194º, nº 1, do CT<sup>26</sup>.

A doutrina tem entendido que a compatibilidade deste normativo com a Directiva exige que este normativo seja interpretado no sentido de estar vedada a admissibilidade de um acordo entre transmitente e adquirente e afastada a possibilidade de a transmissão ser o fundamento da transferência de local de trabalho<sup>27</sup>.

Já Maria do Rosário Palma Ramalho acentua que a aplicação do regime do artigo 194º suscita dúvidas, porquanto não carece do acordo dos trabalhadores<sup>28</sup>.

---

poder acarretar uma alteração substancial das condições de trabalho, justificando a resolução com justa causa, nos termos do artigo 394º, nº 3, alínea *b*, do CT, constituirá um facto ilícito de que se poderá responsabilizar o cedente.

Entendemos mais adequada, neste caso, a resolução com fundamento no artigo 394º, nº 2, alíneas *b* e *e*, do CT. O que está em consonância com a Directiva 2001/23/CE quando esta refere que a cessação do contrato de trabalho, sempre que tiver como fundamento a modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador resultante da transferência, deverá ser considerada como sendo da responsabilidade da entidade patronal.

26 Foi assim afastada a possibilidade prevista no artigo 37º, nº 1, *in fine*, da LCT de ser celebrado um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de os trabalhadores continuarem ao serviço do primeiro noutro estabelecimento. Este acordo mostrava-se incompatível com a transmissão automática de direitos e obrigações para o transmitente afirmada no artigo 3º, nº 1, da Directiva.

Para maiores desenvolvimentos, cf. Júlio Gomes, “O conflito entre a jurisprudência nacional”, cit., p. 155-156, Catarina Carvalho, “A admissibilidade de um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão de contratos de trabalho”, *Questões Laborais*, 21, 2003, p. 99 e ss.

27 Cf. “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 467.

Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho anotado*, 2016, cit. p. 673-674, considera que esta é a única hipótese de o trabalhador poder continuar ao serviço do empregador primitivo, afirmando, igualmente, a exclusão de acordo nesse sentido entre transmitente e adquirente ou entre aquele e o próprio e o trabalhador.

28 *Tratado de direito de trabalho*, cit., p. 808.

No que respeita a esta crítica, temos reservas, porquanto, a sub-rogação *ex lege* do adquirente nos direitos e obrigações prescinde do consentimento do trabalhador.

Com mais premência, Maria do Rosário Palma Ramalho critica o carácter genérico da remissão para o artigo 194º do CT, uma vez que, em face deste artigo, pode estar em causa uma mudança individual do local de trabalho, no âmbito da qual o trabalhador pode recusar a transferência, alegando prejuízo sério, nos termos do artigo 194º, nº 1, alínea *b*, do CT, mantendo o local de trabalho e ficando assim abrangido pelo regime protector da transmissão de estabelecimento, mas também pode estar em causa uma transferência que envolve todos os trabalhadores do estabelecimento ou parte do estabelecimento, no âmbito da qual o trabalhador está obrigatoriamente sujeito à transferência, assistindo-lhe apenas a possibilidade de resolver o contrato se provar o prejuízo sério decorrente da mudança de local de trabalho, nos termos do artigo 194º, nº 5, do CT<sup>29</sup>.

Neste último cenário, realça a autora, há uma menor protecção dos trabalhadores, porquanto, nos termos do artigo 194º, nº 1, alínea *a*, e nº 5 do CT, a transferência resulta de uma decisão unilateral do empregador, não tendo os trabalhadores a possibilidade de permanecer no estabelecimento que venha a ser transmitido.

O receio de a transferência de local de trabalho, antes da transmissão, se revelar um expediente para contornar o regime da transmissão de estabelecimento, com o intuito de diminuir os custos laborais associados ao estabelecimento, aumentando o respectivo valor, leva a autora a exigir que a transferência dos trabalhadores não possa ter como fundamento o próprio negócio de transmissão, admitindo, ainda, como última *ratio*, convocar o abuso do direito, previsto no artigo 334º do CC, para impedir a utilização deste regime pelo empregador com o intuito de excluir os trabalhadores do regime protector da transmissão de estabelecimento<sup>30</sup>.

Em todo o caso, o trabalhador poderá resolver o contrato com justa causa, nos termos do artigo 394º, nº 3, alínea *b*, do CT, sendo certo que terá direito a uma compensação, nos termos do artigo 194º, nº 5, do CT, se conseguir provar o prejuízo sério que para ele resultaria da mudança do local de trabalho.

Depois de delimitado o âmbito do regime da transmissão de estabelecimento ou empresa, entendemos pertinente uma breve referência à fusão e

29 *Tratado de direito de trabalho*, cit., p. 809.

30 *Tratado de direito de trabalho*, cit., p. 809.

cisão, para assim apreciarmos, de forma articulada, as consequências jurídicas do regime da transmissão de estabelecimento com estes processos.

#### IV – BREVE CARACTERIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE CISÃO E FUSÃO

A concretização de uma operação de concentração económica e a maximização dos factores produtivos envolvidos, entre outros motivos, pode justificar uma fusão<sup>31</sup>.

A fusão, que o artigo 97º, nº 1, do CSC, reconduz à reunião de duas ou mais sociedades numa só, pode assumir as modalidades de fusão simples ou de fusão-incorporação.

A fusão simples ou fusão-concentração, através da qual duas ou mais sociedades se extinguem, dando origem a uma sociedade nova, “para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quota da nova sociedade” (artigo 97º, nº 4, alínea *b*, do CSC).

A fusão-incorporação, através da qual uma sociedade preexistente absorve outra ou outras, que se extinguem, transferindo-se para esta “globalmente os patrimónios das incorporadas, a cujos sócios são atribuídas partes, quotas ou acções da incorporante” (artigo 97º, nº 4, alínea *a*, do CSC)<sup>32</sup>.

O Código das Sociedades Comerciais sujeita a fusão a uma tramitação detalhada, na qual assume destaque a elaboração de um projecto de fusão (artigo 98º), acompanhado do balanço de cada uma das sociedades, onde esteja retratada a relação de troca das participações sociais, o qual é submetido à apreciação de um revisor oficial de contas independente (artigo 99º), salvo dispensa por todos os sócios das sociedades envolvidas (cf. artigo 99º, nº 6, do CSC)<sup>33</sup>.

O projecto está sujeito a registo, nos termos do artigo 100º, nºs 1 e 2, do CSC e artigo 3º, alínea *p*, do Código do Registo Comercial (CRCom), iniciando-se o prazo de um mês para os credores deduzirem oposição judicial

---

31 Paulo Olavo da Cunha, *Direito das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 636.

32 Sobre a natureza jurídica da fusão como transformação de entidades preexistentes, a que aderimos, cf. Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, I, Parte Geral, 1. ed. ampl. e actual., 2011, p. 1.131 e ss.

33 Como refere Paulo Olavo da Cunha, *Direito das sociedades comerciais*, cit. p. 637, as exigências subjacentes ao processo de fusão pretendem proteger a sociedade que resultar da fusão, os direitos dos sócios das sociedades envolvidas e ainda dos respectivos credores, nomeadamente prevenir uma diminuição injustificada da garantia patrimonial.

à fusão, nos termos do artigo 101º do CSC e dos arts. 1059º e 1060º do Código do Processo Civil (CPC)<sup>34</sup>.

O projecto de fusão é aprovado pelos sócios das sociedades envolvidas, reunidos em assembleia geral (artigo 100º, nº 2), depois de terem estado disponíveis para consulta os documentos elencados no artigo 101º do CSC.

A deliberação de fusão, na falta de disposição especial, está sujeita às normas previstas para alteração do contrato de sociedade, nos termos do artigo 103º, nº 1, do CSC, devendo observar as limitações impostas, para tutela dos sócios, pelo artigo 103º, nº 2.

Deliberada a fusão, esta deve ser sujeita a registo, nos termos do artigo 111º do CSC e do artigo 3º, alínea *q*, do CRCom<sup>35</sup>.

Na sequência da fusão, verifica-se transmissão de patrimónios (artigo 112º), tornando-se os sócios das sociedades sócios da sociedade incorporante, podendo assistir direito de exoneração aos sócios que votaram contra a deliberação, nos termos do artigo 105º do CSC<sup>36</sup>.

O artigo 113º permite que seja judicialmente requerida, mediante deliberação da assembleia geral de qualquer das sociedades participantes na fusão, a resolução ou modificação do contrato de fusão, se esta tiver sido sujeita a condição ou termo suspensivo e se verificar uma alteração substancial das circunstâncias subjacentes às deliberações.

Atendendo aos danos que a fusão pode infligir nos sócios e credores, os artigos 114º e 115º impõem a responsabilidade solidária aos membros dos órgãos de administração e fiscalização pelos prejuízos causados aos sócios e credores por não terem observado a diligência de um gestor criterioso, não

---

34 A lei permite que a fusão abranja – no todo ou em parte – sociedades dissolvidas, mas ainda em fase de liquidação, desde que preencham os requisitos legais de que dependem o regresso à actividade social (arts. 97º, nº 2, e 161º).

Todavia, já é considerado um impedimento a petição de apresentação à insolvência ou o pedido de declaração desta (artigo 97º, nº 3, do CSC; cf. actualmente os arts. 18º e segs. do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas [CIRE]). Como refere Pupo Correia, *Direito comercial*. 12. ed., rev. e actual., Ediforum, 2011, p. 293, considerando que subjacente a esta norma está a tutela dos credores, este impedimento deve entender-se existente quando a sociedade tenha desencadeado um processo especial de recuperação de empresa, nos termos do artigo 18º do CIRE.

35 A forma do acto de fusão, nos termos do artigo 106º do CSC, deve revestir a forma exigida para a transmissão dos bens das sociedades incorporadas (106º, nº 1). Como nota Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, I, Parte Geral, cit., p. 1129, o registo assume um efeito constitutivo.

36 Como nota Pupo Correia, *Direito comercial*, cit., p. 293, não haverá fusão, mas simplesmente trespassse, se uma sociedade se limitar a adquirir o estabelecimento de outra, mas sem os sócios desta passarem a sócios da adquirente, permanecendo a sociedade que alienar o estabelecimento como pessoa jurídica apta a desenvolver a sua actividade num novo estabelecimento.

sendo factor impeditivo dos direitos de indemnização o facto de as sociedades terem sido extintas na sequência da fusão, nos termos do disposto nos artigos 114º, nº 2, e 115º.

Na cisão, por seu turno, a sociedade divide-se em duas ou mais sociedades<sup>37</sup>, assumindo, de acordo com o artigo 118º do CSC, modalidades distintas, entre as quais: a cisão simples, a cisão-dissolução e a cisão-fusão<sup>38</sup>.

No primeiro caso, a sociedade-mãe destaca parte do seu património para com ele constituir outra sociedade, mantendo-se a cindida com o restante património<sup>39</sup>. Na cisão-dissolução, a sociedade cindida é dissolvida, dividindo-se o seu património em duas ou mais fracções que dão origem a outras tantas novas sociedades.

Pela cisão-fusão, a sociedade pode destacar parte do seu património que se vai fundir com uma outra sociedade ou com parte ou partes do património de outra ou outras sociedades, destacadas do mesmo modo, ou pode dissolver-se, dividindo o seu património em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes ou partes do património de outras sociedades, separadas por operações idênticas e com igual finalidade.

As sociedades resultantes da cisão poderão adoptar um tipo societário diferente do da cindida, nos termos do artigo 118º, nº 2.

O receio de a cisão poder colidir com os interesses dos credores vai justificar que o processo de cisão esteja sujeito a requisitos exigentes, como resulta dos elementos que o artigo 119º do CSC considera obrigatórios no projecto de cisão e das exigências previstas para cada uma das modalidades de cisão, patentes nos arts. 123º, 124º e 125º, para a cisão simples, e nos arts. 128º e 129º, relativamente à cisão-fusão<sup>40</sup>.

---

37 Como refere Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, cit., p. 1.136, a cisão, “enquanto contraface da fusão”, opera uma transformação através da qual dá origem a duas ou mais entidades, sem se verificar qualquer alteração nas situações jurídicas encabeçadas pelo ente cindido anteriormente.

38 Sobre a cisão, cf. Joana Vasconcelos, *A cisão de sociedades*. Lisboa: Universidade Católica, 2001.

39 Impondo-se os limites do artigo 123º, atinentes ao valor do património da sociedade cindida e ao seu capital social, só podendo ser destacados o activo e o passivo referidos no artigo 124º. Cf. Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, I, cit., p. 1.136.

40 Sobre a inconstitucionalidade formal e material da alínea *p* do artigo 119º ao exigir que seja contemplado no processo de cisão a atribuição da posição contratual da sociedade ou sociedades intervenientes, decorrente dos contratos de trabalho celebrados com os seus trabalhadores, os quais não se extinguem por força da cisão, cf. Acórdão do TC nº 119/99, de 2 de março de 1999, disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst\\_main.php](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php)>. No que concerne à eventual inconstitucionalidade formal, por se tratar de legislação laboral, assim exigindo a intervenção das Comissões de Trabalhadores e Associações Sindicais, nos termos dos arts. 55º, alínea *d* e 57º, nº 2, alínea *a*, da Constituição da República Portuguesa (CRP), à data, actuais arts. 54º e 56º da CRP, o Tribunal considerou que a mesma não revestia a

Para tutela dos credores, está expressamente estabelecido no artigo 121º do CSC que as dívidas da sociedade cindida que sejam atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade não sofrem novação, sendo afirmada no artigo 122º do CSC a responsabilidade solidária da sociedade cindida pelas dívidas que, por força da cisão, tenham sido atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, de acordo com o disposto no artigo 12º do CSC.

O processo e a respectiva tramitação seguem, com as necessárias adaptações, normas sobre fusão, nos termos do artigo 120º do CSC.

## V – ARTICULAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA TRANSMISSÃO DE ESTABELECIMENTO E OS PROCESSOS DE CISÃO E FUSÃO

Neste capítulo, pretendemos destacar alguns aspectos do regime da transmissão de estabelecimento que assumem particular relevância nos processos de fusão e cisão.

Começamos, por isso, por avaliar se há alguma intersecção com a tutela dos trabalhadores e do adquirente da transmissão.

Ora, considerando que o regime que rodeia os processos de fusão e cisão, nomeadamente os artigos 114º e 115º, que impõem a responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de administração e fiscalização pelos prejuízos causados aos sócios e credores por não terem observado a diligência de um gestor criterioso, bem como os apertados requisitos a que o processo de cisão está sujeito, como resulta dos elementos exigidos pelo artigo 119º do CSC e

---

natureza de norma laboral, sendo meramente informativa dos direitos e deveres dos participantes, uma vez que, nos termos do artigo 37º da LCT, em vigor à data, a posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmite-se ao adquirente, por qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua actividade, não se extinguindo os contratos de trabalho com a cisão, como referido na alínea *p*.

No que se refere à alegada inconstitucionalidade material, com fundamento na violação do princípio da segurança no emprego, por a referida norma autorizar a sociedade cindida a ordenar a mudança do trabalhador para a nova sociedade, o tribunal sustentou que uma norma que se limita a estabelecer a obrigatoriedade de fazer constar no projecto de cisão a indicação de quem passará a deter a posição contratual decorrente dos contratos de trabalho com a sociedade ou sociedades intervenientes e que expressamente determine que tais contratos de trabalho se não extinguem por força da cisão, não pode violar a garantia da segurança no emprego, tal como resulta da norma do artigo 53º da Constituição, já que, estando garantida, por força do artigo 37º da LCT, a manutenção dos contratos de trabalho, desta transformação da entidade empregadora apenas pode resultar a transmissão dos mesmos contratos ou de todos eles, no caso de a empresa cinditória se dissolver ou extinguir ou de parte para a ou para as novas empresas formadas pela cisão.

O Tribunal concluiu que a mera mudança de entidade patronal, continuando garantida a manutenção das relações laborais, nomeadamente, o direito à antiguidade, à retribuição e às regalias de que os trabalhadores gozavam, não violava a garantia de segurança no emprego previsto no artigo 53º da CRP.

das exigências previstas para cada uma das modalidades de cisão a que já nos referimos, a que ainda acresce a responsabilidade, afirmada no artigo 122º do CSC, da sociedade cindida pelas dívidas que, por força da cisão, tenham sido atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, bem como o afastamento da novação, no artigo 121º do CSC, das dívidas da sociedade cindida que sejam atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, mitiga os riscos associados à transmissão de estabelecimento, podemos concluir que reforça a tutela dos trabalhadores, enquanto credores, bem como a tutela do adquirente, a qual, como referimos, tem merecido pouca atenção do legislador português.

Contribui, igualmente, para a tutela dos trabalhadores, o regime especial de solidariedade pelos créditos laborais dos trabalhadores, quando o respectivo empregador esteja integrado num grupo societário, constante do artigo 334º do CT, na medida em que as operações de constituição ou de modelação de grupos societários podem envolver uma transmissão de empresa ou de estabelecimento, como é o caso de um grupo societário que se constitui através da cisão de duas sociedades.

Neste caso, os trabalhadores poderão recorrer, verificados os respectivos pressupostos, a qualquer um destes regimes de solidariedade<sup>41</sup>.

Também o dever de informação e consulta, previsto no artigo 286º, no cumprimento do processo de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores afectados por uma transmissão, imposto pelo artigo 7º da Directiva 2001/23/CE, assume relevância no âmbito do processo de fusão e cisão.

Este artigo faz recair sobre o transmitente e o adquirente um dever de *informação e consulta dos representantes dos trabalhadores*, a que são equiparadas as comissões de trabalhadores, as comissões sindicais e intersindicais e os delegados sindicais ou, na sua falta, os próprios trabalhadores<sup>42</sup>.

---

41 Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 814.

42 A informação directa aos trabalhadores, na ausência de representantes dos trabalhadores, resulta do artigo 7º, nº 6, da Directiva, sendo certo que como refere Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 111, n. 39, a lei parece estender este direito à informação a todos os trabalhadores.

Continua por transpor o artigo 7º, nº 4, da Directiva quando exige que as obrigações de informação e consulta se aplicam mesmo que a decisão de transmitir o estabelecimento tenha sido tomada por uma empresa de controlo. Cf. Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 470.

Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 812, considera que o carácter gravoso do regime de exclusão da transmissão, previsto no artigo 285º, nº 4, do CT, atribui especial relevância à participação dos trabalhadores no processo tendente à transmissão da empresa ou do estabelecimento consagrada no artigo 286º do CT.

No âmbito do direito de informação estão incluídas a data e os motivos da transmissão, as suas consequências jurídicas, económicas e sociais, assim como as medidas projectadas em relação aos trabalhadores.

Esta informação obedece a forma escrita, devendo ser prestada em tempo útil, o qual corresponde a um período mínimo de 10 dias de antecedência antes da consulta dos representantes dos trabalhadores, nos termos do artigo 286º, nº 2, do CT.

A doutrina exige que esta informação seja suficientemente completa e precisa para permitir uma negociação séria e o exercício de um direito de oposição à transmissão do contrato de trabalho sempre que este seja reconhecido, ainda que admitindo a imposição de limitações na divulgação de informações sempre que estas sejam sensíveis, o que pode suceder no âmbito dos processos de fusão ou cisão de uma empresa<sup>43</sup>.

A consulta dos trabalhadores, prevista no artigo 286º, nº 3, do CT, na esteira do artigo 7º, nº 2, tem por finalidade a obtenção de um acordo sobre as medidas que pretendam aplicar aos trabalhadores na sequência da transmissão.

Este dever de consulta prévia e informação suscita problemas relativamente à confidencialidade dos dados, com especial acuidade em certos projectos de fusão ou cisão<sup>44</sup>.

Com efeito, tal como sublinhado por Júlio Gomes, o regime de transmissão na Directiva não prevê, à semelhança da Directiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade, derrogações a esta obrigação de informação quando a sua natureza seja susceptível, segundo critérios objectivos, de afectar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento ou de a prejudicar.

No entanto, o legislador, na transposição da Directiva 2002/14/CE, estabeleceu, no artigo 459º do CT/2003, a que corresponde, sem alterações, o actual 412º do CT/2009, um dever de sigilo para os membros das estruturas de representação colectiva sempre que as informações sejam transmitidas com menção expressa da confidencialidade assim como exonera o empregador do

---

43 Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, cit., p. 112.

44 “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho”, cit., p. 112, n. 41. O artigo 412º, nº 3, do CT, no entanto, na transposição da Directiva 2002/14/CE, exonera o empregador do dever de prestar informações ou proceder a consultas cuja natureza seja susceptível de prejudicar ou afectar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento.

dever de revelar informações sempre que estas possam prejudicar o funcionamento da empresa ou do estabelecimento.

Por via de uma interpretação extensiva, justifica-se que a ratio do artigo 412º abranja o dever de confidencialidade dos membros de estruturas representativas relativamente a informações recebidas no âmbito da transmissão de estabelecimento, bem como a dispensa do adquirente e transmitente de revelarem informações que possam comprometer os processos de cisão e fusão.

A violação dos deveres constantes deste artigo constitui contraordenação leve, nos termos do artigo 286º, nº 5, do CT, parecendo que o seu incumprimento não compromete a viabilidade da transmissão<sup>45</sup>.

Também no que diz respeito à ausência de acordo relativo às medidas a tomar em relação aos trabalhadores, acompanhamos Rosário Palma Ramalho quando, sublinhando o carácter consultivo da participação dos trabalhadores e das suas estruturas representativas neste processo, justifica, convocando o direito constitucional de livre iniciativa económica do empregador, que a falta de acordo não pode inviabilizar a transmissão<sup>46</sup>.

O artigo 287º do CT, seguindo de perto o artigo 6º da Directiva, estabelece ainda regras referentes às estruturas de representação dos trabalhadores da unidade económica transmitida, bem como à tutela conferida aos representantes dos trabalhadores após a transmissão<sup>47</sup>.

45 Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 812-813.

Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho”, cit., p. 113, questiona se a reacção “modesta” do ordenamento jurídico relativamente ao incumprimento do dever de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores, considerado fundamental pela Directiva, estará de acordo com esta. Também, Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 470, em face da ausência de sanção para a violação do dever de consulta no artigo 320º, nº 3, do CT/2003, e da aplicação de uma contraordenação leve no caso da violação do dever de informação, problematiza se terá sido cabalmente cumprido o disposto no artigo 9º da Directiva.

46 Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 813.

47 Deixamos de lado, por extravasar o âmbito deste artigo, os efeitos da transmissão no instrumento de regulamentação colectiva do trabalho vigente na empresa ou no estabelecimento transmitido, previsto no artigo 498º do CT. Este normativo para concretizar salvaguardar a aplicação de um regime convencional nas situações de transmissão da titularidade da empresa ou do estabelecimento consagra *ope legis* a vinculação do adquirente ao instrumento de regulamentação colectiva do trabalho que vinculava o transmitente, o que configura uma excepção ao princípio da dupla filiação, até ao termo do respectivo prazo de vigência, ou pelo período de 12 meses. Admitindo, igualmente, que este instrumento de regulamentação colectiva seja substituído por outro.

Seguindo de perto, Luís Gonçalves, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do trabalho anotado*, 2016, cit., p. 1.041-1.042. Sobre este tema, cf. Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho”, cit., p. 102 e ss.

Ora, o tratamento dado às estruturas de representação dos trabalhadores da unidade económica no artigo 287º do CT, após a transmissão, em processos de cisão e fusão, tem suscitado dúvidas na doutrina e na jurisprudência, porquanto podem envolver mais do que uma comissão de trabalhadores.

Desde logo, é necessário definir o sentido que deve ser atribuído ao conceito de autonomia constante do artigo 287º do CT, uma vez que o regime jurídico aplicável varia em função do facto de a empresa, estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento manter ou não a sua autonomia, após a transmissão.

Com acerto, tem sido entendido que este conceito de autonomia não coincide com o de unidade económica autónoma, sob pena de violar os princípios da unicidade e da representação de todos os trabalhadores da mesma empresa que norteiam as comissões de trabalhadores<sup>48</sup>.

Pedro Furtado Martins, neste sentido, associa esta noção de autonomia à possibilidade de a comissão de trabalhadores, em face das exigências legais, poder continuar em funções<sup>49</sup>.

A comissão de trabalhadores, tendo presente o princípio da unicidade justificado pelo facto de ser um órgão representativo da colectividade dos trabalhadores da empresa, só poderá, legalmente, continuar em funções se o estabelecimento transmitido reunir condições para ser considerado uma entidade empregadora.

Assim, após o processo de fusão ou cisão-fusão, no que concerne às comissões de trabalhadores das sociedades incorporadas e às comissões de

---

48 Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 323.

O princípio da unicidade, patente no artigo 54º da CRP, está apoiado na natureza de órgão de colectividade dos trabalhadores da empresa, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República anotada*. Tomo I. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 718.

Este princípio está consagrado no artigo 461º, nº 1, do CT, que refere o direito dos trabalhadores criarem “em cada empresa *uma* comissão de trabalhadores”. Também o regime da constituição e eleição das comissões de trabalhadores, previsto no artigo 431º, aponta para existência, em cada empresa, de uma e apenas uma comissão de trabalhadores. Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 315-316.

49 Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 323.

trabalhadores da sociedade incorporante, só se poderá manter uma comissão de trabalhadores que respeite os pressupostos exigidos por lei<sup>50</sup>.

O artigo 287º, nº 1, do CT, todavia, ao prever que não ocorre qualquer alteração ao nível do estatuto e das funções dos representantes dos trabalhadores afectados pela transmissão se a empresa, estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento mantiver a sua autonomia, suscita muitas dúvidas no âmbito dos processos de fusão e cisão-fusão, parecendo admitir, em violação do princípio da unicidade, a possibilidade de existir mais do que uma comissão de trabalhadores na mesma empresa perante a eventual existência nas sociedades incorporante e incorporada de uma comissão de trabalhadores<sup>51</sup>.

Seguindo de perto a solução propugnada por Pedro Furtado Martins, também consideramos que a resposta a este problema, considerando a Directiva 2001/23/CE e o regime jurídico das comissões de trabalhadores, pode ser extraída do nº 2 do artigo 287º do CT.

Com efeito, o nº 2 do artigo 287º do CT prescreve que no caso de a empresa ou estabelecimento transmitido incorporado na empresa adquirente perder a autonomia e não existir uma comissão de trabalhadores na empresa do adquirente, a comissão ou subcomissão de trabalhadores da empresa ou estabelecimento do transmitente continua em funções por um período de dois meses a contar da transmissão ou até que a nova comissão, entretanto eleita, inicie as respectivas funções ou, ainda, por mais dois meses, se a eleição for anulada<sup>52</sup>.

Assim, os trabalhadores podem optar por ter uma comissão de trabalhadores ou por não serem representados por comissão de trabalhadores.

---

50 Também o nº 1, do artigo 6º da Directiva, faz depender a manutenção em funções, da estrutura de representação dos trabalhadores, da conservação das condições necessárias à formação dessa mesma representação, onde necessariamente se tem de incluir o nível de representatividade dos trabalhadores. Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 324.

51 Como dá nota Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 326, já foi defendido que a comissão de trabalhadores da sociedade incorporada subsistiria, mas apenas como órgão representativo dos trabalhadores da unidade económica de que aquela era titular. Tal solução, todavia, não é viável, porque contraria o princípio da unicidade.

52 Tratando-se de uma sub-comissão de trabalhadores, esta passa a exercer os direitos, que a lei atribui às comissões de trabalhadores, durante o período em que continuar em funções representando os trabalhadores do estabelecimento transmitido. Os representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho afectos à entidade incorporada exercem os direitos próprios desta estrutura, conforme salvaguardado no artigo 287º, nº 3, alínea b, do CT.

Na primeira hipótese, a lei confere-lhes o prazo de dois meses para promover a criação de uma nova comissão que todos tenham a possibilidade de eleger e para qual todos se poderão fazer eleger, assim assegurando a representatividade de todos os trabalhadores.

Na segunda, a comissão anterior extingue-se, depois de decorrido o período de dois meses referido na lei.

O artigo 287º do CT, à semelhança do artigo 321º, não oferece nenhuma resposta para os casos em que já existe uma comissão de trabalhadores na empresa do adquirente.

Pedro Furtado Martins extrai do artigo 287º, mediante um argumento *a contrario*, que a estrutura representativa que existia na unidade transmitida extingue-se sem aguardar pelo período de dois meses<sup>53</sup>.

No entanto, esta solução levanta dúvidas sempre que comissão de trabalhadores da empresa incorporada apresentar um nível de representatividade superior ou idêntico, dado o facto de o número de trabalhadores integrados se mostrar superior ou muito próximo.

Em ambos os casos, tal como refere Pedro Furtado Martins, não estão reunidas as condições legais para a manutenção de qualquer uma das estruturas representativas<sup>54</sup>.

Em obediência ao princípio da unidade que rege as comissões de trabalhadores, justifica-se, na nossa opinião, a aplicação do artigo 287º, nº 2, do CT, de acordo com o qual os trabalhadores poderão, no prazo de dois meses, eleger uma comissão representativa de todos os trabalhadores ou optar por não ser representados, extinguindo-se as comissões de trabalhadores existentes ao fim do prazo de dois meses.

Em face do nº 4 do artigo 287º do CT, os membros dos órgãos representativos dos trabalhadores, cujo mandato cesse em resultado da incorporação na empresa do adquirente, continuam a beneficiar da protecção estabelecida nos nºs 3 a 6 do artigo 410º ou em instrumento de regulamentação colectiva

---

53 Por considerar que esta será a única solução compatível com o princípio da unicidade. Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 328-329.

54 Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 329.

de trabalho, em virtude do desempenho dessas funções, até à data em que o respectivo mandato terminaria.

Por último, assume, igualmente, relevância no âmbito dos processos de fusão e cisão, a proibição dos despedimentos, imposta pelo artigo 4º, nº 1, da Directiva, que tenham a sua causa na transmissão da unidade económica, em especial, nos casos de despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho<sup>55</sup>.

A proibição que a transmissão constitua em si mesma fundamento de despedimento por parte do transmitente ou do transmissário visa prevenir que a protecção conferida pela Directiva ao trabalhador possa ser contornada<sup>56</sup>.

Concordamos com Júlio Gomes quando refere que será defensável presumir que os despedimentos que se apresentam, em termos temporais, muito próximos da transmissão, não têm como causa a transmissão, tornando-a mais atractiva em função da redução dos custos com o trabalho<sup>57</sup>.

No entanto, após certas transmissões, como observa Júlio Gomes, pode mostrar-se justificado o recurso ao despedimento colectivo ou à extinção do posto de trabalho, nomeadamente, perante a duplicação das funções e o excesso de pessoal decorrente de uma fusão<sup>58</sup>.

Nesse sentido, importa atender ao citado artigo 4º, nº 1, da Directiva, quando exclui desta proibição os despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças da força de trabalho, ou seja, fundamentos que poderão estar presentes no despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho.

Assim, parece-nos que, tal como propõe Júlio Gomes, na esteira da solução propugnada pela doutrina e jurisprudência austríacas, os despedimentos colectivos e as extinções dos postos de trabalho não deverão ser liminarmente

---

55 Sobre esta matéria, cf. Cláudia Maria Monteiro Gomes de Sousa, “A fraude à lei e o despedimento colectivo na transmissão da unidade económica”, *Questões Laborais*, ano XVII, ns. 35 e 36, jan./dez. 2010, p. 158-202.

56 Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, cit., p. 115.

57 O que faria recair um “ónus de motivação particularmente agravado” sobre o transmitente que efectuasse despedimentos colectivos e por extinção de posto de trabalho pouco tempo antes da transmissão do estabelecimento. Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho*, cit., p. 116.

58 Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, cit., p. 117 e 118, refere igualmente, no âmbito da fusão por incorporação, o despedimento motivado pelo facto de os salários praticados na unidade incorporada serem manifestamente mais elevados, assim produzindo a manutenção de direitos um efeito nefasto nos trabalhadores.

proibidos, mas deverão ser especialmente escrutinados, em especial, sempre que ocorram num curto prazo de tempo a seguir à transmissão e envolvam um número elevado de trabalhadores do estabelecimento ou parte do estabelecimento transmitido<sup>59</sup>.

Esta solução, enquanto assegura a tutela dos trabalhadores, salvaguarda a liberdade de iniciativa económica do empregador, onde, naturalmente, estão incluídos os poderes referentes à gestão de recursos humanos, aliás, subjacentes ao regime jurídico do despedimento colectivo e da extinção de posto de trabalho<sup>60</sup>.

Também, nesta vertente do regime jurídico de transmissão, se impõe como princípio orientador a conciliação dos interesses dos trabalhadores e dos empregadores.

## VI – CONCLUSÃO

O regime de transmissão de estabelecimento atende ao princípio de liberdade de negociação das empresas, acolhido pelo princípio constitucional da livre iniciativa económica, previsto no artigo 61º da CRP, enquanto ao mesmo tempo tutela os direitos dos trabalhadores.

Assim se justifica a sub-rogação *ex lege* do adquirente dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho existentes à data da transmissão, dispensando o consentimento dos trabalhadores.

A este propósito problematizamos a existência de um eventual direito de oposição do trabalhador à transmissão, que, de acordo com ambas as Directivas e a jurisprudência do TJ, concluímos não existir, muito embora tenhamos reconhecido o direito do trabalhador a fazer cessar o contrato através de denúncia ou resolução com justa causa objectiva, nos termos do artigo 394º, nº 3, do CT, desde que verificados os respectivos pressupostos e a resolução não tenha como fundamento a transmissão do estabelecimento. Não é, no entanto, reconhecido ao trabalhador o direito a indemnização.

Com efeito, apenas reconhecemos ao trabalhador o direito a indemnização, por via do direito a resolver o contrato com justa causa subjectiva, estribado na alínea e) do artigo 394º, nº 1, do CT, quando se apurasse que a transmissão

59 Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, cit., p. 115.

60 Preocupação que parece estar subjacente ao artigo 4º, nº 1, da Directiva 2001/23/CE, quando admite o despedimento por razões económicas, técnicas ou de organização da força de trabalho.

tinha um intuito fraudulento, deixando o trabalhador desprotegido perante a falta de solvabilidade do adquirente.

Ainda no âmbito da transmissão de estabelecimento, apreciamos a exclusão dos trabalhadores, cujos contratos se mantêm, mas são transferidos do local de trabalho, com remissão para o regime jurídico da transferência de local de trabalho, previsto nos arts. 194º e segs. do CT.

Na esteira de Rosário Palma Ramalho, concluímos que há uma menor protecção de transferência colectiva de trabalhadores em comparação à transferência individual, dado que, nesta última, o trabalhador pode optar por conservar o contrato de trabalho com o primitivo empregador ou seguir o estabelecimento a transmitir, com a sub-rogação *ex lege* do adquirente na relação laboral.

A análise dos processos subjacentes à cisão ou à fusão permitiu-nos concluir que as especiais cautelas que rodeiam estes processos, com os interesses dos credores e dos sócios das sociedades a cindir e a fundir, reforçam a tutela dos trabalhadores, enquanto credores, e do adquirente do estabelecimento.

No que concerne ao adquirente do estabelecimento, sublinhamos que a exclusão do CT/2009 de uma norma de conteúdo idêntico à do artigo 319º, nº 4, do CT/2003, que reconhecia ao trabalhador a faculdade de colocar um aviso para os trabalhadores reclamarem créditos sob cominação dos mesmos não se transmitirem para o adquirente, veio dificultar o conhecimento por este do montante dos créditos laborais a transmitir, impedindo uma apreciação mais precisa dos termos do negócio.

Pese embora o carácter facultativo deste aviso, porque dependente do adquirente, entendemos desejável a sua previsão no CT/2009, sustentando a sua compatibilidade em face da Directiva que admite no artigo 3º, nº 2, que os Estados-Membros adoptem as medidas adequadas para assegurar que o cedente notifique o cessionário de todos os direitos e obrigações transferidos para este último.

Para colmatar a ausência de uma norma na Directiva 2001/23/CE, que à semelhança da Directiva 2002/14/CE exonere o adquirente e transmitente de revelarem informações que pudessem comprometer os processos de cisão e fusão, defendemos a interpretação extensiva do 412º do CT, de forma a vincular os membros de estruturas representativas ao dever de confidencialidade relativamente a informações obtidas no cumprimento do artigo 286º, bem como a admitir a dispensa do adquirente e transmitente de prestarem informações ou consultas que prejudiquem ou comprometam a transmissão do estabelecimento ou parte do estabelecimento.

Assim, justificamos legalmente que o dever de informação e consulta previsto no artigo 286º do CT possa sofrer limitações em face da existência de prejuízo grave para a transmissão, o que se pode apresentar com grande acuidade nas cisões e fusões.

A recondução da violação do dever de informação e consulta a uma contraordenação leve levou-nos a acompanhar a doutrina, nomeadamente Júlio Gomes e Catarina Carvalho, que questiona a correcta transposição deste dever para o nosso ordenamento.

Ainda no âmbito da articulação do regime da transmissão com os processos de cisão e fusão, abordamos as dificuldades resultantes da aplicação do regime previsto no artigo 287º, nº 1, do CT, para as estruturas de representação dos trabalhadores da sociedade adquiridas e adquirentes, tendo, na esteira da doutrina nacional, negado, em obediência ao princípio da unicidade, a possibilidade da coexistência de duas comissões, propondo como solução compatível, sempre que as comissões não reúnam condições legais para se manter, a aplicação do nº 2 do artigo 287º.

Por último, referimos a importância de conciliar a tutela dos trabalhadores com a liberdade de iniciativa económica do empregador sempre que na sequência da transmissão, em especial através de fusão, se justificar o recurso ao despedimento colectivo e por extinção de posto de trabalho.

Nesse sentido, acompanhamos Júlio Gomes, propondo, com apoio no artigo 4º, nº 1, da Directiva, que os despedimentos colectivos e por extinção do posto de trabalho, sempre que seja próxima temporalmente da transmissão e envolvam um número elevado de trabalhadores da unidade económica transmitida, sejam especialmente sindicados, assim, negando, a sua proibição absoluta.