

Revista Eletrônica
do Tribunal Regional
do Trabalho da Bahia



Ano VI | nº 9 | Outubro 2017

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano VI, número 9, outubro de 2017

PRESIDENTE: Desembargadora Maria Adna Aguiar do Nascimento

VICE-PRESIDENTE: Desembargadora Maria de Lourdes Linhares Lima de Oliveira

CORREGEDOR REGIONAL: Desembargador Esequias Pereira de Oliveira

VICE-CORREGEDORA REGIONAL: Desembargadora Nélia de Oliveira Neves

DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL: Desembargador Norberto Frerichs

CONSELHO EDITORIAL:

Ministro Cláudio Brandão

Desembargador Edilton Meireles de Oliveira Santos

Juiz Aloisio Cristovam dos Santos Júnior

Juíza Andréa Presas Rocha

Juiz Danilo Gonçalves Gaspa

Juiz Fabiano de Aragão Veiga

Juiz Guilherme Guimarães Ludwig

Juiz Luciano Berenstein de Azevedo

Juiz Luciano Dórea Martinez Carreiro

Juíza Maria da Graça Antunes Varela

Juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Juíza Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Editor Gerente: Juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Organização: Ana Lúcia Aragão e Valdicéa do Val

Editoração: Aléxia Barbosa Corujas

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

Ano 6, n. 9, out. 2017 (online). Acesso: <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revista-eletronica-edicao-atual>

Semestral

Título anterior: Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT5.

ISSN 2317-9155

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

CDU 34:331(81)(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do TRT da 5ª Região

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano VI, número 9, outubro de 2017

Apresentação

Com orgulho, o Tribunal Regional do Trabalho, por meio da Escola Judicial, lança mais uma edição da sua Revista Eletrônica, a última da gestão 2015/2017.

Nesse biênio, os laços entre a Presidência e a Escola Judicial se estreitaram ainda mais e tivemos a honra de partilhar dos diversos desafios da nossa gestão, que são reflexos, direta ou indiretamente, do cenário nacional, diante de tantas e profundas alterações, inclusive, fortemente, na seara do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho.

Os textos eleitos pelos nossos pareceristas são uma amostra do nosso momento, na medida em que diversos deles tratam de algum tema relacionado à reforma trabalhista, de forma espontânea.

Temos muita esperança de que a Revista Eletrônica do TRT5 se consolide ainda mais e alcance outros campos de qualificação, contribuindo sempre para o aprimoramento científico no campo do Direito.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Maria Adna Aguiar
Desembargadora Presidente do TRT5

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano VI, número 9, outubro de 2017

Apresentação da Escola Judicial

Chegamos à nona edição da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (TRT5), organizada pela Escola Judicial, prosseguindo no itinerário de consolidação de uma publicação trabalhista de qualidade e de destaque no âmbito nordestino, além de ser de fácil e gratuito acesso pela internet e redes sociais.

No biênio da gestão da Escola Judicial de 2015/2017, sob a direção do Desembargador Norberto Frerichs, foram lançadas três revistas eletrônicas, merecendo ênfase inovação da publicação de revista temática, como foi a sétima edição de março de 2016 com textos exclusivos sobre o Código de Processo Civil de 2015 e seus impactos na Justiça do Trabalho.

Esta edição, de modo involuntário, terminou por enfatizar a reforma trabalhista, podendo até ser considerada uma revista especializada sobre a Lei 13.467/2015, haja vista que 9 artigos do total de 16 cuidam deste tema. Assim, as profundas e polêmicas alterações efetuadas pela “Reforma Trabalhista” são o principal foco desta edição.

Nos 16 textos selecionados, após os opinativos dos membros deste Conselho Editorial, discute-se as modificações no acesso à justiça, gorjetas, terceirização, trabalho autônomo, dano extrapatrimonial, negociado x legislado e outros.

Na expectativa de colaborar para o estudo crítico e reflexão sobre esses temas tão vívidos e oportunos, apresentamos esta singular edição da Revista Eletrônica do TRT5.

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira
Editor-Gerente da Revista

Sumário

Artigos

Doutor, por que sou trabalhador autônomo? <i>Ana Paola Santos Machado Diniz</i> <i>Maria da Graça Antunes Varela</i>	7
Do registro de ponto por exceção: violação a disposições protetivas <i>Bernardo Leôncio Moura Coelho</i> <i>Edmilson Dias de Albuquerque</i>	20
O dano Extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da Reforma Trabalhista <i>Enoque Ribeiro dos Santos</i>	31
O princípio da integridade e a celeuma do negociado sobre o legislado previsto na Lei N° 13.467/2017 que alterou a CLT <i>Fagner Sampaio Filadelfo</i>	39
A Re-presentação testemunhal no processo do trabalho <i>Geovane de Assis Batista</i>	54
Terceirização: para quem fica as vantagens e desvantagens? <i>Hanna Larissa Lima Bonfim</i>	77
A Reforma Processual Trabalhista <i>Hélio Barbosa Hissa Filho</i>	92
O Dano Moral Analisado a luz da Teoria Crítica do Valor: Um estudo sobre a possibilidade de exclusão da capacidade do ofendido para quantificar a indenização por dano moral praticada pelo empregador <i>Jéssica Coimbra Santos</i> <i>Vander Luiz Pereira Costa Júnior</i>	103
A “CLT de Temer” & Cia. Ltda <i>Jorge Luiz Souto Maior</i>	122
O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista <i>Jorge Luiz Souto Maior¹</i> <i>Valdete Souto Severo</i>	145

Intolerância Religiosa nas relações de trabalho: proteção ao povo de Santo <i>Júlia Simões Neris</i>	178
A Nova Regulamentação das gorjetas <i>Pedro Lino de Carvalho Júnior</i>	190
A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista <i>Rebeca Luise Bensabath Dantas de Assis</i>	212
Podem os incentivos fiscais aprimorar as condições ambientais laborais? <i>Roberto Wakahara</i>	223
Constelação sistêmica organizacional e Assédio Moral: proposta de resolução de conflitos no ambiente de trabalho <i>Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda</i>	233
A inconstitucionalidade da despedida coletiva imotivada <i>Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale</i>	251



Doutor, por que sou trabalhador autônomo?

Ana Paola Santos Machado Diniz¹

Maria da Graça Antunes Varela²

1. Introdução

O art. 442-B da CLT aparece como objeto de nossas primeiras reflexões acerca das modificações empreendidas pela Lei 13.467/2017, designada Reforma Trabalhista. Assim explicita o novo dispositivo legal: Art. 442-B da CLT. **A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.** (inserido pela Lei n. 13.467 de 13 de Julho de 2017)

O dispositivo sobressai em importância porque, no afã de reforçar a exclusão do trabalhador autônomo da proteção social, não esmaece a centralidade da subordinação como determinante para a aplicação do sistema tutelar. Contudo, ao remeter à forma como imperativo para a caracterização do trabalho autônomo, recepcionando modelos de autonomia com exclusividade e continuidade, põe em evidência o problema relacionado às prestações de serviço situadas na *zona grise* entre subordinação e autonomia, atividades laborais cada vez mais presentes na realidade contemporânea. Optando, pura e simplesmente, pela exclusão do regime da CLT de trabalhadores com vinculação exclusiva e contínua diante de um mesmo tomador de serviço, num contexto em que não é incomum a incerteza entre os próprios autores sociais da condição jurídica de autonomia ou de subordinação, agravou a insegurança social.

Não descartemos, ademais, que o dispositivo desponta em importância, também, pela relevância dada à forma, estimulando as fraudes na contratação, o que é minimizado em sistemas jurídicos como o da Espanha que, admitindo um gênero diferenciado de trabalho autônomo economicamente dependente, reserva ao trabalhador uma plêiade de direitos sociais mínimos, notadamente os conexos à duração do trabalho e segurança social. Apesar de o nível de proteção ser inferior ao dos trabalhadores subordinados, os trabalhadores autônomos com vinculação exclusiva ou predominante em face de um mesmo cliente não ficam totalmente vulneráveis às flutuações econômicas e da vontade deste tomador de serviços. Embora essa nova forma de trabalho autônomo não esteja abrangido pela legislação específica que regulamenta a relação de emprego, o legislador espanhol manteve-se atento às consequências perversas de sua exclusão total, considerando a valorização constitucional do trabalho, o que justifica a extensão de direitos previstos pelo ordenamento jurídico aos que são assalariados.

¹ Juíza do Trabalho TRT5, Titular da 34ª Vara de Salvador, Professora da UNEB de direito civil e de direito do trabalho, professora de pós graduação em direito do trabalho, Mestrado em Direito do Trabalho.

² Juíza do Trabalho aposentada, TRT5, Professora da Universidade Católica do Salvador de direito civil e direito do trabalho, professora de pós graduação em direito do trabalho, Mestrado e Doutorado em Direitos Sociais (UFBA)

2. Trabalhador autônomo e a dependência econômica: a *zona grise*

Qual o panorama que se avizinha após a modificação legislativa não sabemos, contudo, antevemos uma zona de incerteza e de desproteção que conflita com a premissa essencial de valorização do trabalho humano expressa no artigo primeiro da Constituição Federal.

A subordinação, referida no art. 3º da CLT é o critério distintivo essencial entre o trabalhador autônomo e o empregado. “*Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho.*”³

Por ser a subordinação um conceito elástico, a par do aspecto relacionado à organização do trabalho e forma de sua execução, outros elementos subsidiam o enquadramento de dada situação como de emprego. Podemos destacar a continuidade da prestação e sua conexão com a finalidade econômica do tomador de serviços, o que também demarca a não eventualidade do labor; contraprestação fixa e em função do tempo de serviço; não incidência subjetiva do risco da atividade; definição de horários fixos de trabalho; submissão a poder disciplinar; alteridade dos meios e instrumentos de trabalho; exclusividade da prestação de serviços para um único tomador de serviços, etc.

O trabalhador autônomo, por sua vez, se destaca por negociar com maior liberdade as condições em que o trabalho será executado, tem horários mais flexíveis, possui habilidades técnicas que lhe dão maior independência na execução do serviço, tem maior desenvoltura na definição da contrapartida econômica, explorando em proveito próprio sua força de trabalho, por conseguinte, suportando o risco de sua atividade. Justamente porque trabalha por conta própria, a não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho⁴ e a descontinuidade da prestação laboral sempre foram a tônica. Por conseguinte, o autônomo, normalmente realiza serviço de curta duração e que não corresponde à finalidade econômica do tomador de serviços, podendo ser um serviço episódico ou secundário.

No trabalho autônomo, portanto, sobressaem alguns aspectos fundamentais: falta de dependência, pois o trabalhador não recebe ordens e não está sujeito às instruções emanadas do tomador de serviços na execução do trabalho; pela ausência de alteridade, já que o autônomo se apropria diretamente dos frutos do seu trabalho seja para consumi-los ou aliená-los, assumindo os riscos comerciais e econômicos da sua atividade profissional; por fim, o trabalhador autônomo tem acesso direto ao mercado de bens e serviços, seja para a aquisição de matérias primas, seja para a comercialização dos seus produtos e dos serviços que desenvolve.

Em face desses caracteres essenciais, a não exclusividade e a descontinuidade do trabalho em face do tomador de serviços sempre foi a lógica predominante da autonomia. Profissionais como marceneiros, eletricitas, pedreiros e motoristas profissionais podem ser apresentados como exemplos mais expressivos, com extensão a profis-

³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4 ed. São Paulo: LTR editora, 2005, p. 334

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 297



sionais liberais os mais diversos como artistas, advogados, dentistas, engenheiros, entre outros, tanto que, quando esses se ativam em função de um único tomador de serviço e de modo contínuo, tinha-se a pista para a descaracterização da autonomia e reconhecimento do vínculo de emprego. Assim também se procedia em outros países, conforme aponta Bernardo da Gama Lobo Xavier, incluindo a exclusividade ou não da prestação de serviço relativamente a um único empresário como um dos índices capazes de ajudar a delinear o trabalho autônomo e o trabalho subordinado nos casos duvidosos⁵.

Destarte, não obstante a exclusividade e a continuidade da prestação laboral não possam ser considerados elementos essenciais à caracterização do vínculo de emprego, sempre foram reiteradamente tomados à conta de coadjuvantes essenciais à distinção entre o trabalho subordinado e o autônomo. Não se considera vedado ao empregado a duplicidade de ocupação subordinada, contudo se o trabalho reverte exclusivamente em proveito de um único tomador a quem compete a direção do trabalho, há relação de emprego. Também não descaracteriza a relação laboral a descontinuidade do serviço executado, pois a opção do legislador (art. 3o da CLT) foi pela não eventualidade. Desde que haja permanência e estabilidade na mesma fonte de trabalho, como acontece com categorias como garçons de restaurantes que podem ser contratados para trabalhar apenas nos finais de semana, há vínculo de emprego, ainda que por tempo parcial. Portanto, se o trabalho por conta alheia se desenvolve continuamente, mais fácil a percepção da condição de empregado.

Importante ressaltar, portanto, que a *zona grise* entre subordinação e autonomia sempre foi um problema presente no mundo do trabalho, pois nuances específicas de cada caso concreto punham os sujeitos na indefinição da natureza do vínculo. Esse problema agravou-se ao longo do século XX e início do século XXI, consequência de múltiplos fatores que têm alterado a realidade socioeconômica, dentre os quais merecem destaque: a descentralização e fragmentação do processo produtivo, com paulatina substituição do modelo centralizador fordista e adoção do toyotista *just in time*; incremento do setor de serviços; e novas tecnologias da informação e comunicação gerando novas formas de trabalho.

Com efeito, o sistema produtivo verticalizado e em série, com a absorção pela empresa de todas as etapas do processo produtivo, definiu um padrão homogêneo de trabalho subordinado, o qual foi estrutural do direito do trabalho. O sistema de proteção ao trabalhador foi pensado, justamente, para compensar a assimetria inerente ao método de trabalho concebido pelo mercado. O modelo de produção verticalizado e concentrado foi sendo paulatinamente substituído por outro, descentralizado e flexível, pautado, segundo Wilfredo Sanguineti Raymond⁶ na fragmentação e exteriorização das atividades que integram o mesmo ciclo produtivo; na atuação de empresas especializadas e provedores externos em regime de subcontratação; e na coordenação global destes últimos por parte da empresa principal que, assim, mantém o controle de todo o processo de produção.

⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Curso de direito do trabalho**. Lisboa: Verbo, 1992, p. 302

⁶ RAYMOND, Wilfredo Sanguineti. **Consecuencias laborales de la subcontratación**: una explicación de conjunto. Disponível on line em <http://wold.fder.edu.uy/contenido/rll/contenido/consecuencias-laborales-subcontratacion-wsanguineti-red-pedro-guglielmetti.pdf>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017, às 16 horas.

Com isso, a empresa tem número mínimo de empregados formais, consegue reduzir os seus custos, tornando-se mais eficiente e flexível, pois precisa ser competitiva. Forma-se um conglomerado e autêntica rede de colaboração que garante o funcionamento da cadeia produtiva, cada parceiro com uma especialidade.

As atividades desenvolvidas por estas empresas e parceiros em rede estão estrategicamente vinculadas a um elaborado e complexo programa negocial, sem o qual não é possível o funcionamento integrado do ciclo produtivo. Nessa programação vislumbra-se a quantidade da produção, qualidade dos produtos, tempo de produção, mercados a serem abrangidos, tudo na medida da necessidade do capital, sem reservas estratégicas. A demanda dita a produção, sem prejuízo da busca constante por novos mercados, via de regra nos países periféricos, seja de consumo, seja de produção com custos cada vez mais reduzidos.

Com o avanço dos meios de comunicação e a informática, define-se um centro de controle à distância que organiza e gere o processo produtivo. Os resultados são obtidos com mínimo custo, com a vantagem da não constituição de vínculos formais de subordinação com todos os trabalhadores envolvidos nessa dinâmica. A empresa mãe é enxuta e no mercado proliferam os trabalhadores designados como autônomos e dependentes economicamente do capital, os empreendedores. A empresa tem a vantagem de definir o volume de serviços pelo tempo necessário aos seus interesses e transfere para o parceiro designado autônomo o risco dessa atividade.

O atual modelo econômico fragmentado tem produzido múltiplas figuras no espaço social, com perfil similar de personalidade e dependência econômica. Vislumbremos atividades como as dos “youtubers”, pessoas que se ocupam em postar vídeos no “youtube” e ganham em função da publicidade que os vídeos geram. A atividade garante um bom rendimento a muitas pessoas, especialmente jovens. Surgiu por iniciativa do próprio site, intentando vinculação de sua imagem a conteúdo sério e profissional. Para participação, o interessado deverá subscrever um canal no site de compartilhamento de vídeos e atender os Termos de Serviço e as Diretrizes do Youtube.⁷

Serviços compartilhados oferecidos por sites e aplicativos para smartphones também dão origem a outras práticas de trabalho⁸. A plataforma Uber tem transformado proprietários de veículos particulares em prestadores de serviços. Intermedeia o contato com consumidores mediante o recebimento de percentual da renda auferida pelo motorista. Estabelece requisitos para habilitação do trabalhador que não tem liberdade para definição do valor da contraprestação do serviço e está sujeito à avaliação da qualidade do atendimento pelo usuário, submetendo-se a controle da rota percorrida, do tempo despendido, da velocidade aplicada, etc.

⁷ SANTINI, Beatriz. **Nova profissão: os “youtubers” ganham dinheiro postando vídeos na internet.** Disponível on line em <http://cotidiano.sites.ufsc.br/nova-profissao-os-youtubers-ganham-dinheiro-postando-seus-videos-na-internet/>, Acesso em 03.03.2017 às 10h.

⁸ CUNHA, Carolina. **Economia compartilhada:** Modalidade gera novas oportunidades e... muitas polêmicas, como o Uber. Disponível on line em <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/economia-compartilhada-modalidade-como-o-uber-gera-novas-oportunidades-e-muitas-polemicas.htm>. Acesso em 03 de março de 2017, às 13h.



Serviços de compartilhamento similares já existem para hospedagem de pessoas em residências, multiplicando-se experiências como salas de escritórios compartilhadas que abrigam profissionais “expulsos” pelo capital dos estabelecimentos, porém conectados ao negócio por contratos autônomos de natureza e propósitos variados. Diversos exemplos podem ser ainda referidos, como aplicativos para serviços de cabeleireiro, manicure, serviços domésticos em geral, dentre outros tradicionalmente prestados por empregados inseridos numa estrutura empresarial constituída para esse fim específico.

Quem são os trabalhadores verdadeiramente autônomos da modernidade é questão tormentosa. Muitos desses trabalhadores ingressam nessa atividade buscando efetiva independência e autogestão dos seus interesses, vislumbrando espaço para o próprio crescimento econômico e, por vezes, se colocam em situação de dependência econômica do tomador de serviço quando este é exclusivo. Se apercebem como “empreendedores”, porém estão num contexto econômico quicá mais desfavorável do que o trabalhador subordinado. Outros são vítimas da fraude, sofrem a imposição do mercado e para subsistir aceitam o modelo de trabalho que lhes é oferecido.

Cada vez mais delicada é a tarefa de distinguir o trabalho subordinado do autônomo. A prestação de serviços do autônomo passa a ter conformação distinta da tradicional, sendo lugar-comum a continuidade ou reiteração em face de um mesmo tomador de serviços, assumindo uma feição de contrato por tempo indeterminado, à semelhança do trabalho subordinado. A depender da atividade desenvolvida pelo tomador de serviços, surge possibilidade de definição de condições de exclusividade, vedando-se ao trabalhador autônomo atender a outros clientes em geral ou, apenas, aos clientes do mesmo segmento econômico. Surgem, assim, questões relevantes atinentes às consequências econômicas para o trabalhador no caso da extinção inesperada do vínculo pelo tomador de serviços.

M^a de los Reyes Martínez Barroso⁹, ao examinar a condição do trabalhador autônomo à luz do direito espanhol, comenta:

“cobra especial importancia cuando ese tipo de servicios continuados se prestan para empresas, por la sencilla razon de que, en tales casos, se crean las condiciones adecuadas para que tambien surja cierta sujecion o relacion de dependencia del autonomo respecto de dicha organizacion empresarial. Pero tambien es verdad que el trabajo autonomo puede requerir ocasionalmente algun tipo de intervencion compensadora por parte de la ley, en particular cuando quien lo realiza mantiene “vinculos estrechos” con un cliente, revestido de forma empresarial que, en realidad, es el proveedor del empleo. En tal caso, cabe pensar que el trabajador autonomo tambien merece cierto grado de proteccion legal, no solo por pasar a una situacion de debilidad o dependencia economica (y convertirse en una nueva figura de “contratante debil”), sino tambien por quedar inserto, de alguna forma, en el circulo rector de otra persona.”

⁹ BARROSO, M^a de los Reyes Martínez. **El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo.** Disponível on line em <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2502>. Acesso em 30 de agosto de 2017, às 16 horas.

Amauri Mascaro Nascimento, discorrendo sobre o trabalhador autônomo dependente econômico e a proteção jurídica que lhe é atribuída pela legislação espanhola lembra que já na década de 1990 essa condição chamou a atenção do direito do trabalho europeu porque foi percebida a precarização dessa forma de prestação de serviços, em diversos casos praticada “em piores condições que as dos empregos e a ser utilizado como uma válvula de escape para escapar das exigências legais e do custo do trabalho subordinado”¹⁰.

3. O sistema jurídico de proteção ao trabalhador autônomo dependente econômico na Espanha e em Portugal

Na Espanha definiu-se um terceiro gênero de trabalho, uma nova categoria de trabalhadores aparentemente autônomos mas cuja dependência econômica em face do tomador de serviços, por sua intensidade, é similar e, em muitas situações, até mais intensa do que do empregado subordinado. A par do trabalhador autônomo clássico, como o profissional liberal, o médico, o advogado, o engenheiro, o dentista, surge o autônomo economicamente dependente, aquele “*que obtém seu ganho concentrado em um cometente para o qual exerce a maior parte de sua atividade*”¹¹.

M^a de los Reyes Martínez Barroso¹² explica que duas razões fundamentais justificam a extensão de direitos mínimos a essa categoria de trabalhadores. Primeiro a posição de inferioridade contratual na qual se encontram em muitos casos, submetidos a aceitar as condições impostas pela empresa ou empresas para as quais trabalham, realça a necessidade elementar de justiça e de adequada ordenação normativa. Depois, o reconhecimento de direitos mínimos contribui para a redução de situações de fraude e simulação de trabalho autônomo, deixando de ser atrativo a adoção de modelo contratual distinto do vínculo de emprego.

Na Espanha, a Ley 20 de 11 de junho de 2007 regula o Estatuto do Trabalho Autônomo. A normativa identifica o trabalhador autônomo economicamente dependente – TRADE – como aquele que realiza atividade econômica ou profissional, de forma habitual e direta, para um cliente do qual depende economicamente, em razão de, pelo menos 75% dos seus rendimentos, dele dependerem. Esse trabalhador não pode ter empregados próprios ou subcontratar, total ou parcialmente, o trabalho realizado. Admite-se, excepcionalmente, que o TRADE contrate empregado próprio em situações pontuais de risco à sua saúde proveniente de gravidez ou amamentação, no período de licença maternidade ou paternidade ou quando necessita cuidar de menores de sete anos ou tenha sob sua dependência e cuidados um familiar até o segundo grau com, ao menos, 33% de incapacidade.

O trabalhador autônomo economicamente dependente não pode realizar serviços similares aos empregados do tomador de serviços, devendo contar com uma infraestrutura própria, valendo-se de materiais de trabalho por si adquiridos. Ainda que o trabalhador

¹⁰ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. O autônomo dependente econômico na nova lei da Espanha. IN:BRAMANTE, Ivani Contini. CALVO, Adriana (Org.). **Temas controvertidos de direito do trabalho.** Homenagem ao Professor Renato Rua de Almeida. São Paulo: LTr, 2009, p. 49

¹¹ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. Op.cit., p. 50

¹² BARROSO, Op. cit.



autônomo possa ter vários clientes, somente se considera economicamente dependente de um único tomador de serviços, em face de quem essa dependência é apurada no percentual mínimo de 75%. O cliente pode fazer indicações técnicas relativas ao serviço a ser executado pelo TRADE, mas este deve ter uma organização produtiva própria. A retribuição é sempre pelo resultado do trabalho produzido, assumindo o trabalhador autônomo os riscos de sua atividade laboral.

Entre os direitos garantidos ao TRADE na Espanha, merecem referências as férias, indenização por ruptura imotivada e submissão dos conflitos à Justiça Social, equivalente espanhol da Justiça do Trabalho. As férias são por um período mínimo de 18 dias ao ano, suscetível de ampliação por contrato ou acordo coletivo. A indenização em caso de ruptura injustificada do contrato, direito este que também socorre o tomador de serviços, poderá ser fixada antecipadamente no contrato ou no acordo coletivo e, em caso de omissão, deverá ser calculada levando-se em conta o tempo remanescente do contrato, os prejuízos causados, os investimentos feitos, os gastos efetivados e o prazo de pré aviso. Há, ainda, um regime especial de seguridade social para os autônomos que desempenham atividades com alto risco de sinistralidade.

O contrato firmado com o TRADE deve ser por escrito e nele deverá constar o objeto e a causa do contrato, portanto, para que se contrata o trabalhador e as condições básicas do trabalho a realizar. Também deve conter a duração máxima da jornada computável semanal, mensal ou anualmente além dos descansos anuais, semanais e festivos. Não é essencial o estabelecimento de um tempo de vigência do contrato, podendo ser definido um termo final específico ou fazer referência à realização de um trabalho, contudo, na omissão entende-se que é por tempo indeterminado.

Convém explicitar que esses acordos coletivos são referidos na Ley 20/2007 como “acuerdos de interés profesional”, negociados entre os sindicatos representativos dos trabalhadores autônomos e as empresas para as quais executem a atividade. Esses acordos podem estabelecer as condições de modo, tempo e lugar de execução das atividades e outras condições gerais de contratação. Entre condições possíveis de regulação merece destaque a quantidade máxima da jornada e sua distribuição semanal nos casos em que se defina o cômputo por mês ou por ano.

Também na Espanha despontam problemas de falsa caracterização de trabalhador autônomo economicamente dependente buscando-se elementos que possam elucidar a questão. Normalmente não se pode caracterizar como TRADE o trabalhador que tem que ir ao local de trabalho definido pelo tomador de serviços diariamente ou em horários demarcados, quando recebe encomendas ou encargos os quais não pode recusar, quando a retribuição econômica é unilateralmente definida pelo tomador de serviços ou quando não tem condições de decidir sobre a organização de seu trabalho e a carga de trabalho a ser desenvolvida. De qualquer sorte, como os autônomos exclusivos e contínuos, na Espanha, não estão afastados totalmente do sistema de proteção social, os prejuízos tendem a ser menores que a realidade que se avizinha no Brasil a partir da Reforma Trabalhista e em face do art. 442-B da CLT.

O Código do Trabalho em Portugal procura caracterizar o contrato de emprego, considerando a sua configuração sempre que esteja presente alguns dos elementos que aponta em seu art.12¹³. O trabalhador autónomo, também designado como independente, é caracterizado pela legislação de seguridade social (Decreto-Lei nº 328/93). Em seu art. 5º define que para os efeitos de enquadramento no âmbito do regime de proteção social, são sempre considerados trabalhadores independentes os indivíduos que se obriguem a prestar a outrem, sem subordinação, o resultado da sua atividade. Nesse mesmo dispositivo, estabelece a presunção de se ter como atividade exercida sem subordinação aquela em que ocorrer algumas das circunstâncias que aponta: a) o trabalhador tenha, no exercício da sua atividade, a faculdade de escolher os processos e meios a utilizar, sendo estes, total ou parcialmente, da sua propriedade; b) o trabalhador não se encontre sujeito a horário ou a períodos mínimos de trabalho, salvo quando tal resulte da direta aplicação de normas de direito laboral; c) o trabalhador possa subcontratar outros para a execução do trabalho em sua substituição; d) a atividade do trabalhador não se integre na estrutura do processo produtivo, na organização do trabalho ou na cadeia hierárquica de uma empresa; e) a atividade do trabalhador constitua elemento accidental na organização e no desenvolvimento dos objectivos da entidade empregadora. A contrario sensu, presentes algumas dessas circunstâncias, o trabalho é considerado subordinado e, conseqüentemente, configurado o vínculo empregatício.

São parâmetros que podem auxiliar na identificação da autonomia ou não nas situações em que surja controversia.

O Comitê Social Europeu, em 2011, recomendou aos membros da União Europeia a identificação das situações de trabalho autónomo economicamente dependente, a fim de lhes dirigir um mínimo de proteção, como mecanismo de estímulo à atividade empresarial e freio à vulnerabilidade do trabalhador. Esclarece no parecer que

Observando os sistemas jurídicos nacionais que admitiram a existência de uma nova categoria jurídica, várias constatações se impõem. Primeiro, trata-se efectivamente em todos os casos de estabelecer uma categoria nova, distinta da do trabalhador por conta de outrem e da do trabalhador por conta própria e, *a fortiori*, da do verdadeiro empresário. O objectivo perseguido por estes vários países não é o de transformar os trabalhadores por conta própria mas economicamente dependentes em trabalhadores por conta de outrem, mas antes o de lhes conferir um estatuto próprio, permitindo-lhes gozar

¹³ 1 - Presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características: a) A atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade; c) O prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma; e) O prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa. 2 - Constitui contraordenação muito grave imputável ao empregador a prestação de atividade, por forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado. 3 - Em caso de reincidência, é aplicada a sanção acessória de privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público, por período até dois anos. http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html, acessado em 31.08.2017



de proteção específica, o que se justifica pela circunstância de haver dependência econômica.¹⁴

Os “autônomos” da modernidade não são substancialmente subordinados porque, não obstante a pessoalidade do serviço, desaparece a heterodireção do serviço. Coordenam sua atividade produtiva com as necessidades econômicas da empresa. Devem ser proprietários dos instrumentos necessários à prestação de serviços. Também não são genuinamente autônomos, pois não produzem para o mercado em geral, percentual significativo do ganho econômico advém de um ou alguns tomadores de serviços, assim, como parte significativa do seu tempo e da sua produção é destinada a essa ou essas poucas empresas. Jornalistas, fotógrafos e professores *free-lancer*, artistas, motoristas que realizam frete são exemplos recorrentes.

4. O trabalhador autônomo dependente e a Lei 13.467/17

O art. 442-B da CLT ao conceber o trabalho autônomo exclusivo e contínuo demonstra ter identificado essa nova realidade do mercado, mas não reconhece explicitamente um terceiro gênero entre o subordinado e o autônomo. Seu intuito não é proteger o vulnerável. Intenta simplesmente excluí-lo de qualquer proteção. Caminha na contramão...

Adianta-se em demarcar a exclusão dos autônomos do sistema tutelar trabalhista, o que já estava implicitamente previsto no art. 3º da CLT ao dispor sobre os trabalhadores subordinados. Depois qualifica o autônomo em uma única categoria, contraposta ao empregado, quer trabalhe com exclusividade ou não para o tomador de serviços, seja em atividade contínua ou descontínua. Como não abandona o critério da subordinação, ou melhor, dependência (art. 3º da CLT), como determinante à caracterização do empregado, apenas aumentou o problema atinente à *zona grise* entre autonomia e subordinação. Justamente nessa zona trafegam as questões tormentosas da dependência econômica, da coordenação da atividade do trabalhador com a demanda ou necessidade econômica do tomador de serviços, da exclusividade e pessoalidade do trabalho, porém distanciada dos centros produtivos, do controle remoto, não menos rigoroso, seja da qualidade da produção, sejam dos métodos de trabalho, dentre outros.

Essa nova realidade do mundo do trabalho pode, inclusive, reavivar a discussão acerca da concepção de dependência contida no art. 3º da CLT, tradicionalmente interpretada pela doutrina e jurisprudência como subordinação jurídica, heterodireção do trabalho. O art. 442-B da CLT amalgama o trabalho subordinado e autônomo nas noções de exclusividade e continuidade, desafiando o intérprete a buscar em concepções primitivas do direito laboral, essencialmente a dependência econômica, um critério distintivo. O que está posto pelo legislador é o reconhecimento de novos modelos de “empreendedorismos” gerados pela descentralização produtiva, crescente, seja na indústria, no comércio ou nos serviços e a sua exclusão da proteção social. Contudo, sendo o trabalho prestado com

¹⁴ Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «Novas tendências do trabalho independente: o caso específico do trabalho autónomo economicamente dependente» (parecer de iniciativa) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52010IE0639>, acessado em 31.08.2017

personalidade a nota característica, somente o manejo com a noção de dependência, adaptando-a à realidade contemporânea, poderá garantir a valorização do trabalho humano a que remete o art. 1o, § 1o da CF/88. A pergunta que está como título dessas reflexões, “Doutor, por que sou trabalhador autônomo?”, ressoa na sociedade buscando resposta coerente com o sistema jurídico.

O art. 442-B da CLT, contudo, não se limitou a desprezar a questão atinente a um terceiro gênero de trabalho intermediário entre o subordinado e o autônomo, não enfrentando a já delicada questão da zona fronteira. Remete os atores sociais à categorização jurídica dos contratos: “*A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação*”.

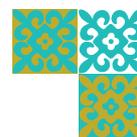
Ocorre que, como a normativa aplicável ao empregado é a trabalhista, e esta somente cede se o contrato é celebrado com trabalhador autônomo, as formalidades evidenciadas num termo escrito, passam, necessariamente, pelo crivo da correspondência à verdade real. Isso porque o princípio da primazia da realidade orienta o aplicador que não está autorizado a desvencilhar-se dos fatos apegando-se, pura e simplesmente à forma dos atos jurídicos.

Não é a primeira vez que o legislador pátria busca excluir da proteção específica do empregado estabelecendo critério formal, mas sem adentrar a questão da subordinação e agora da dependência econômica. Em 1994, ao incluir o parágrafo único no art. 442, exclui expressamente a possibilidade de vínculo empregatício entre o integrante da cooperativa e a própria cooperativa ou entre ele e os tomadores do serviço. Tal dispositivo não podia, e as inúmeras reclamações na Justiça do Trabalho assim revelaram, afastar a incidência do art. 3º. Assim, sempre que restaram demonstrados os elementos configuradores da relação de emprego, independentemente do que estabelecia o referido dispositivo, foi atribuída a esse trabalhador a proteção própria dessa relação. Observava-se o princípio da realidade fática e não a realidade pretendida pelo legislador.

Preciosa a lição de Américo Plá Rodriguez ao explicitar os dois essenciais significados do princípio da primazia da realidade: a percepção da relação de trabalho como emanção de um contrato realidade e a imposição da superação do desajuste entre a realidade e os documentos.

Enquanto nos contratos civis a produção de efeitos jurídico apenas depende do acordo de vontades, desvinculando-se do seu cumprimento, nos contratos de trabalho é essencial o cumprimento da obrigação contraída, o contrato só se completa com sua execução, de forma que o acordo de vontades não passa de condição para que o trabalhador fique vinculado à empresa, sendo que é esse vínculo, ou melhor, a forma como se concretiza esse vínculo que determina a formação da relação laboral e a produção dos efeitos a ela atribuídos pelo direito do trabalho.

No contrato de trabalho, a prestação de serviços é o pressuposto para a aplicação do direito do trabalho e essa prestação de serviços, quando demarcada pelo elemento da subordinação, caracteriza o vínculo como de emprego, ainda que na pactuação entre



as partes outro modelo normativo tenha sido designado. Essa a razão pela qual se diz que o contrato de trabalho é um contrato realidade.¹⁵ Assim sendo, independentemente da designação que tenha ou da formalidade que cumpra, é a forma como é desenvolvida a prestação de serviços que dirá se decorre de um contrato de trabalho autônomo ou de um contrato de emprego.

Na segunda acepção apontada por Plá Rodriguez - a imposição da superação do desajuste entre a realidade e os documentos -, reage-se contra a forma, pois, não obstante haja a presunção de que o contrato reflete a verdadeira intenção das partes, admite-se a prova de que as condições em que o trabalho foi executado revela.m uma dependência indissociável da condição de empregado. *“Em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle”*¹⁶.

Clara também a lição de João Leal Amado, apontando o princípio geral do direito *“os contratos são o que são, não o que as partes dizem que são”* como diretriz *“que encontra intensa aplicação em sede juslaboral”*. Esclarece que *“as partes são livres para concluir o contrato x ou o contrato y, mas já não o são para celebrar o contrato x dizendo que celebraram o contrato y”*. Referindo-se à literatura brasileira, afirma que o princípio da primazia da realidade impõe que *“as relações jurídico-laborais se definem pela situação de facto, isto é, pela forma como se realiza a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhe foi atribuído pelas partes”*.¹⁷

Portanto, vã a tentativa do legislador em atribuir à forma do contrato celebrado o efeito de limitar a incidência do sistema tutelar trabalhista se a realidade que emerge da prestação de serviços e o modelo de vinculação ao tomador de serviços conduz ao reconhecimento do vínculo de emprego.

5. Conclusão

O art. 442-B, introduzido na CLT pela Lei nº 13.467/17, com vigência prevista para 11.11.2017, exclui da proteção ao contrato de emprego, os trabalhadores autônomos, entendendo serem aqueles que cumprem todas as formalidades previstas em lei para ajuste dessa natureza, independentemente de se tratar de atividade exclusiva e contínua.

Caminhando na contramão dos sistemas legislativos voltados para a regulamentação das novas formas de trabalho, não buscou uma proteção específica para o denominado trabalhador autônomo economicamente dependente, mantendo e agravando a denominada *zona grise*.

¹⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3a ed. São Paulo: LTR, 2000, p. 145

¹⁶ RODRIGUEZ, Américo Op. cit., p. 147

¹⁷ AMADO, João Leal. Contrato de trabalho. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 82.

Ao estabelecer critério formal para a caracterização do trabalho autônomo, sem distinção entre o trabalhador autônomo clássico e o economicamente dependente, afronta o princípio da primazia da realidade, além de não assegurar a este último a proteção mínima exigida pelo texto constitucional, em face da valorização do trabalho ali assegurada.

Cumpra, assim, uma releitura do que deve ser entendido por dependência econômica, apontada no art. 3º como elemento de caracterização do contrato de emprego, uma análise no caso concreto dos elementos indicadores de ajuste laboral e a busca da proteção mínima constitucionalmente assegurada a todos os trabalhadores.

Perdeu o legislador a oportunidade de definir os contornos das relações de trabalho autônomas no sentido clássico, muitas regulamentadas por estatuto próprio, autônomas com dependência econômica e de trabalho subordinado.

Cabe, portanto, àqueles que interpretam e aplicam a legislação trabalhista a construção desse caminho, tendo sempre como norte a dignidade das relações laborais, sejam a que título for, preservando a proteção e valorização do trabalho e do sistema econômico adotado pelo legislador constituinte.

Precisamos saber responder a quem nos pergunta: Doutor, por que sou um trabalhador autônomo?

6. Referências

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

BARROSO, M^a de los Reyes Martínez. **El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo**. Disponível on line em: <<http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2502>>

CUNHA, Carolina. **Economia compartilhada**: Modalidade gera novas oportunidades e... muitas polêmicas, como o Uber. Disponível on line em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/economia-compartilhada-modalidade-como-o-uber-gera-novas-oportunidades-e-muitas-polemicas.htm>>

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4 ed. São Paulo: LTR editora, 2005.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. O autônomo dependente econômico na nova lei da Espanha. IN:BRAMANTE, Ivani Contini. CALVO, Adriana (Org.). **Temas controversos de direito do trabalho**. Homenagem ao Professor Renato Rua de Almeida. São Paulo: LTr, 2009.

RAYMOND, Wilfredo Sanguinetti. **Consecuencias laborales de la subcontratación**: una explicación de conjunto. Disponível on line em: <<http://wold.fder.edu.uy/contenido/rll/contenido/consecuencias-laborales-subcontratacion-wsanguinetti-red-pedro-guglielmetti.pdf>>

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2000.



SANTINI, Beatriz. **Nova profissão: os “youtubers” ganham dinheiro postando vídeos na internet.** Disponível on line em: <<http://cotidiano.sites.ufsc.br/nova-profissao-os-youtubers-ganham-dinheiro-postando-seus-videos-na-internet/>>

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Curso de direito do trabalho.** Lisboa: Verbo, 1992.

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «Novas tendências do trabalho independente: o caso específico do trabalho autónomo economicamente dependente» (parecer de iniciativa) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52010IE0639>

Do registro de ponto por exceção: violação a disposições protetivas

Bernardo Leôncio Moura Coelho¹

Edmilson Dias de Albuquerque²

Resumo: O presente trabalho estuda a adoção por empresas do registro de ponto por exceção a partir de sua criação através de portaria do Ministério do Trabalho e Emprego. Partimos da análise da legislação infraconstitucional e chegamos a um aparente conflito de normas constitucionais, que será resolvido com aplicação do princípio da proteção do Direito do Trabalho e normas de ordem pública que não podem ser derogadas. Conscientes do papel das entidades sindicais que assinam suas normas coletivas com a sua autorização para implementação do controle de ponto por exceção, mas também que estas normas não podem limitar questões de ordem pública como a fiscalização do trabalho, entendemos pela sua ilegalidade. Consideramos que no confronto entre estes princípios deve ser enfatizado aquele que prima pela proteção do empregado, limitando o poder diretivo do empregador quanto ao controle da jornada de seus empregados. Finalizamos o estudo com o firme posicionamento jurisprudencial de não reconhecimento de tal mudança. Ao final, concluímos que o controle da jornada de trabalho assume uma importância ímpar, não interessando apenas ao empregado imediatamente atingido, mas também a todo o corpo social.

Palavras-chave: Controle de jornada. Princípio da Proteção. Conflito de normas.

Sumário: 1. Introdução; 2. A jornada de trabalho como direito do empregado 3. Das violações pela adoção do registro de ponto por exceção; 4. Conclusões; 5. Referências.

1. Introdução

A questão relativa à adoção do ponto por exceção para controle de jornada dos trabalhadores, suscitou diversas dúvidas desde a sua criação através da Portaria n.º 1.120/1995 e que depois foi substituída pela Portaria nº 373/2011.

Referida Portaria, que facultou aos empregadores a adoção de sistemas alternativos de controle da jornada de trabalho, estabelece o seguinte:

Art. 1º – Os empregadores poderão adotar sistemas alternativos de controle da jornada de trabalho, desde que autorizados por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho.

§ 1º – O uso da faculdade prevista no caput implica a presunção de cumprimento integral pelo empregado da jornada de trabalho contratual, convencionada ou acordada vigente no estabelecimento.

¹ Especialista em Direitos Coletivos pela ESMP/SP e em Direito Público pela UnB. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Procurador do Trabalho/MPT/MPU.

² Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Pós-Graduando em Direito Público pela Damásio Educacional. Técnico Administrativo do MPT/MPU.



§ 2º – Deverá ser disponibilizada ao empregado, até o momento do pagamento da remuneração referente ao período em que está sendo aferida a frequência, a informação sobre qualquer ocorrência que ocasione alteração de sua remuneração em virtude da adoção de sistema alternativo.

Art. 2º – Os empregadores poderão adotar sistemas alternativos eletrônicos de controle de jornada de trabalho, mediante autorização em Acordo Coletivo de Trabalho.

Art. 3º – Os sistemas alternativos eletrônicos não devem admitir:

I – restrições à marcação do ponto;

II – marcação automática do ponto;

III – exigência de autorização prévia para marcação de sobrejornada; e

IV – a alteração ou eliminação dos dados registrados pelo empregado.

§ 1º – Para fins de fiscalização, os sistemas alternativos eletrônicos deverão:

I – estar disponíveis no local de trabalho;

II – permitir a identificação de empregador e empregado; e

III – possibilitar, através da central de dados, a extração eletrônica e impressa do registro fiel das marcações realizadas pelo empregado.

(...)

A questão se revela de interesse para todos os envolvidos a partir do momento no qual precisamos confrontar diferentes pontos de vista do mesmo fato, não se olvidando da proteção do trabalhador. De um lado temos o poder diretivo do empregador, que organiza e dirige seu empreendimento; de outro temos a proteção para os empregados contra os atos ilegais do empregador e, por fim, temos a abordagem dos órgãos de fiscalização, buscando evitar que práticas abusivas possam causar prejuízos aos empregados.

Não podemos nos esquecer, também, de que toda discussão deve ser analisada pelo viés da autonomia da vontade coletiva, posto que a legislação considera requisito de validade para a adoção do ponto por exceção a sua inserção em norma coletiva.

2. A jornada de trabalho como direito do trabalhador

Na atualidade, quando nos referimos ao controle da jornada de trabalho, temos princípios assentados que o ser humano não pode ser impingido de jornadas exaustivas ou extenuantes, caracterizando-se como norma de ordem pública a sua limitação.

Na história do Direito do Trabalho nem sempre foi assim.

Segundo Pereira, a primeira lei que limitou a jornada de trabalho em oito horas diárias, data do ano de 1593, na Leis das Índias, de Felipe II (PEREIRA, 2017). Para outros, a primeira lei teria sido o *Moral and Health Act*, promulgado na Inglaterra por iniciativa de Robert Peel, em 1802. Ele fixou medidas importantes, mas inadmissíveis hoje em dia: duração máxima da jornada de trabalho infantil em 12 horas, além de proibir o trabalho noturno. (CAETANO, 2017)

Ultrapassando o âmbito jurídico mas de grande importância, temos em 1891 a promulgação da Encíclica *Rerum Novarum* que influenciou a criação de legislações que limitassem a jornada de trabalho. Em 1919, na criação da Organização Internacional do Trabalho e em sua Convenção n.º 1, foi sedimentado o limite de oito horas diárias de trabalho

A Constituição Federal inovou em alguns aspectos trabalhistas, assim como reconheceu e elevou ao grau de outorga constitucional princípios de proteção já previstos em legislação esparsa.

Dentre as várias garantias ali previstas, dentre outras, encontram-se a jornada de 6 (seis) horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, remuneração diferenciada da jornada extraordinária.

Ultrapassada a garantia da jornada de trabalho, nos interessa a sua operacionalização, ou seja, o controle a ser adotado pelos empregadores. A correta anotação da jornada de trabalho garantirá aos trabalhadores o recebimento das horas devidamente trabalhadas e, também, garante que os órgãos fiscalizatórios, especialmente os Auditores Fiscais do Trabalho.

A Constituição Federal, no inciso XXVI do artigo 7º, prestigia os instrumentos coletivos, porém, tais estipulações sofrem limitações, sendo certo que não podem atentar contra as normas de fiscalização trabalhista, conforme dispõem expressamente os artigos 74, § 2º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, verbis:

Art. 74.

(...)

§ 2º. Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.



Através do ponto por exceção o trabalhador deixa de marcar os horários de entrada e saída, consignando apenas as atividades não compreendidas na jornada diária normal de trabalho, tais como: horas extras, ausências injustificadas ou justificadas, folgas compensadas, saídas antecipadas, atrasos e assemelhados, presumindo-se, se nada for apontado, o cumprimento da jornada normal de trabalho prevista.

Tal permissão deixa o empregado sem a comprovação de sua jornada de trabalho, ou seja, transfere ao empregado o ônus de comprovar o labor extraordinário que deveria estar consignado em controle de jornada, por exemplo, tornando letra morta a dicção da Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados o registro da jornada de trabalho na forma do artigo 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III – Os cartões de ponto que demonstram horário de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a se do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Entendemos que a implementação do registro de ponto por exceção colide com direitos fundamentais, normas cogentes, de ordem pública, portanto, irrenunciáveis, sendo que o empregador não pode mitigá-los. As ilicitudes perpetradas nesse mecanismo do registro de ponto atingem de modo global os empregados das empresas que adotam esse regime de controle de jornada, o qual configura violações à legislação trabalhista, estando presentes interesses transindividuais, especificamente coletivos, posto que todos os trabalhadores são concreta e diretamente afetados.

Desta forma tem sido o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se denota das ementas abaixo transcritas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RÉ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SAÚDE DOS TRABALHADORES. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PELA RÉ. CONCESSÃO DE INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA PARA TRABALHADORES EM AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO O Ministério Público do Trabalho, a teor do artigo 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/1993, possui legitimidade para “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”, como a

saúde dos trabalhadores. No caso, o Parquet visa tutelar interesses individuais homogêneos: imposição de obrigação de fazer, com efeitos projetados para o futuro, mediante provimento jurisdicional de caráter cominatório, consistente na determinação de que a ré conceda intervalos de recuperação térmica aos seus empregados. Verifica-se, pois, que o Ministério Público do Trabalho, na ação civil pública, não busca a reparação individual de bem lesado, mas a tutela de interesses coletivos, precisamente direitos individuais homogêneos, com repercussão social. Desse modo, o Tribunal a quo, ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, em ação civil pública, decidiu em consonância com a jurisprudência iterativa, notória e atual da SBDI-1, o que afasta a indicação de divergência jurisprudencial e de ofensa aos artigos 129, inciso III, da Constituição Federal e 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93. (ARR - 75100-32.2009.5.18.0191, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento 06/04/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2016)

RECURSO DE REVISTA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DESRESPEITO A LEGISLAÇÃO QUE DETERMINA O CÔMPUTO DAS HORAS IN ITINERE NA JORNADA DE TRABALHO DOS EMPREGADOS. Hipótese em que o Ministério Público do Trabalho postula o cômputo das horas in itinere na jornada de trabalho dos empregados e o pagamento das diferenças salariais consectárias. Os direitos vindicados pelo parquet são decorrentes de conduta genérica da Reclamada, acarretando lesão de natureza coletiva, dando ensejo à propositura de inúmeras ações envolvendo empregados em situações idênticas. A atuação do Ministério Público reveste-se, desse modo, de cunho social, ultrapassando o mero interesse individual de um determinado trabalhador, na medida em que visa coibir a prática reiterada e ilegal da Reclamada em relação aos seus empregados que se encontram na mesma situação. Configurado, portanto, o direito individual homogêneo a legitimar a atuação do Ministério Público do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 263-82.2012.5.05.0281, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento 30/03/2016, 7ª Turma, Data de Publicação DEJT 08/04/2016)

3. Das violações pela adoção do registro de ponto por exceção

O ponto por exceção viola diversos princípios fundamentais de Direito do Trabalho, moldados e reconhecidos ao longo da história, e que “norteiam e propiciam a sua existência, tendo como pressuposto a constatação de desigualdade das partes, no momento do contrato de trabalho e durante seu desenvolvimento” (CARRION, 2015, p. 90)

O ponto por exceção viola o *princípio da proteção do trabalhador* pois o trabalhador, no exercício do labor, torna-se desprotegido sobre as situações temporais e fáticas laboradas e sua real aferição, muito embora aquelas subdivisões sejam mais aplicadas na interpretação das normas trabalhistas.



Ainda que haja a alegação de que o ponto por exceção tenha ou venha a ser garantido por meio de negociação coletiva, ou por consentimento direto do trabalhador, haverá o flagelo do *princípio da irrenunciabilidade* que, segundo Alice Monteiro de Barros:

Possui uma coligação com o princípio da primazia da realidade. Embora atenuado pela negociação coletiva (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição vigente) está vinculado à ideia de imperatividade, isto é, de indisponibilidade de direitos. Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia”. (BARROS, 2012, p. 146)

O princípio da primazia da realidade, assegura que seja valorado o que realmente praticado no mundo dos fatos trabalhistas, em detrimento ao meramente escrito. Alice Monteiro de Barros aponta que “o princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica” (BARROS, Id. Ibid.).

Nesse diapasão, o ponto por exceção impede que se averigüe o quanto realmente o trabalhador esteve à disposição de seu empregador, o quanto usufruiu dos intervalos interjornada e intrajornada, o quanto se praticou de tempo para efeitos de banco de horas ou para o cômputo de jornada extraordinária, etc. Violando-se, também, por conseguinte, os *princípios do direito ao descanso, do direito à justa remuneração e da igualdade salarial*.

Violar esses princípios aqui apresentados, portanto, demonstra a violação reflexa daquele que Amauri Mascaro Nascimento chama de princípio dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, a *proteção da dignidade do ser humano* (CF, art. 1º, III). (NASCIMENTO, 2014, p. 478)

Quanto ao tema o eminente Ministro do TST e professor Maurício Godinho Delgado aduz que:

A ordem jurídica reconhece que a aferição de uma efetiva jornada de trabalho cumprida pelo empregado supõe um mínimo de fiscalização e controle por parte do empregador sobre a prestação concreta dos serviços ou sobre o período de disponibilidade perante a empresa. O critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro – por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador”. (DELGADO, 2014, p. 941-942)

Temos situações que recebem especial atenção dos ordenamentos jurídicos, face à sua importância para a sociedade. São situações reputadas como de ordem pública, tendo

Mario Garmendia Arigón sustentado que “é possível tentar uma aproximação da definição de ordem pública observando que pode ser concebida como o conjunto de valores da vida que, pela especial transcendência que assumem em determinado estágio da evolução social, passam a integrar a consciência jurídica coletiva e se constituem em objetos de tutela privilegiada por parte do Direito” (GARMENDIA ARIGON, 2003, p. 28-29)

A legislação também prevê que alguns empregados não estejam sujeitos ao controle de jornada, como no caso do artigo 62 da CLT. No entanto, são casos específicos e que fogem à regra geral que é o controle da jornada.

Sobre essas exceções, faz-se obrigatório trazer aqui os esclarecimentos apontados por Maurício Godinho Delgado:

O art. 62 da CLT indica dois tipos de empregados como inseridos em situação empregatícia tal que se tornam inviáveis efetivos controle e fiscalização sobre o cotidiano de suas jornadas laboradas. Trata-se, de um lado, dos trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, de outro lado, os exercentes de cargos de gestão, desde que também recebam acréscimo salarial igual ou superior a 40% do salário do cargo efetivo (art. 62, I e I e parágrafo único, CLT).

Mas atenção: cria aqui a CLT apenas uma *presunção* – a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, a fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, à regência das regras sobre jornada de trabalho. Repita-se: *presunção jurídica* ... e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o *cotidiano* da prestação laboral, fixando fronteiras claras `jornada laborada, afasta-se a *presunção legal* instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à duração do trabalho. (DELGADO, Id. Ibid.)

Sem o controle efetivo e real da jornada laborada, cria-se dificuldade para se aferir, por exemplo, se o labor iniciado no período diurno se estendeu ao noturno, o que refletiria no prejuízo do cálculo da remuneração do trabalho noturno. Nos turnos ininterruptos de revezamento que por ventura venham a se valer do ponto por exceção, como verificar se não foram ultrapassadas as seis horas? O repouso semanal poderia ser facilmente burlado, bem como e principalmente, não se poderá assegurar que está se respeitando a remuneração do serviço extraordinário, pois nem mesmo se poderá ter a real noção do quanto efetivamente trabalhado em jornada superior à contratada.

Existe disposição bem clara na CLT para que sejam evitadas atitudes que visem prejudicar os trabalhadores, como aquelas dispostas nos artigos 9º e 444, *verbis*:

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



Artigo 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Pela análise dos fatos encimados entendemos que a adoção do ponto por exceção viola direitos básicos do trabalhador, não podendo ser aplicado no curso das relações de trabalho.

Este posicionamento da doutrina tem sido seguido pela jurisprudência trabalhista, que tem decidido reiteradamente quanto à impossibilidade de adoção do ponto por exceção, como se comprovam das ementas abaixo de várias turmas do Tribunal Superior do Trabalho.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO NÃO CARACTERIZADO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. INTERVALOS INTRAJORNADA, RECURSO DE REVISTA. LEI N.º 13.015/14. HORAS EXTRAS. REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. 1. A flexibilização das normas trabalhistas encontra limite nos direitos mínimos constitucional e legalmente assegurados, a fim de possibilitar a realização do trabalho com a preservação das condições essenciais à dignidade, saúde e segurança do trabalhador. 2. Nessa senda, o entendimento que vem se solidificando no âmbito desta Corte uniformizadora é no sentido de que são desprovidas de validade cláusulas constantes em acordo ou convenção coletiva de trabalho que venham a isentar o empregador, com mais de 10 (dez) empregados, na forma preconizada no artigo 74, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, de registrar as horas efetivamente prestadas pelos obreiros. Isso porque a obrigatoriedade do registro de horário é assegurada por norma de ordem pública e, portanto, insuscetível de negociação coletiva. Precedentes. 3. Recurso de Revista não conhecido. (...). (Processo: RR - 12261-32.2013.5.03.0131 Data de Julgamento: 22/02/2017, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. Esta Corte tem firmado o entendimento de que o sistema de controle de jornada por exceção, ainda que previsto em acordo coletivo, contraria o art. 74, § 2º, da CLT, que dispõe sobre a obrigatoriedade, pelas empresas com mais de 10 empregados, de anotação das horas de entrada e saída de seus empregados, nos termos do item I da Súmula nº 338 desta Corte. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Processo: AIRR - 128-52.2014.5.02.0065 Data de Julgamento: 30/11/2016, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/12/2016)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.105/2015 - DESCABIMENTO. RITO SUMARÍSSIMO. 1. HORAS EXTRAS. NORMA COLETIVA. CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO. INVALIDADE. Não é válida a norma coletiva que estabelece registro de ponto por exceção, porque constitui flexibilização contrária às normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Precedentes desta Corte. (...). (Processo: ARR - 11757-02.2015.5.03.0084 Data de Julgamento: 15/02/2017, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/02/2017)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. REGISTRO DE JORNADA DE TRABALHO “POR EXCEÇÃO”. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. 1. O princípio da autonomia privada coletiva (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal) não confere aos sindicatos amplo poder de disposição sobre direitos trabalhistas garantidos por norma cogente, que asseguram ao empregado um patamar mínimo de proteção, infenso à negociação coletiva, como é o caso do art. 74, § 2º, da CLT, que determina, para as empresas que contêm mais de dez empregados, a obrigatoriedade de anotação dos horários de entrada e saída dos empregados. 2. Afigura-se inválida cláusula de norma coletiva que fixa o registro de jornada de trabalho “por exceção” e dispensa a empregadora de anotar os horários de entrada e saída dos empregados. Precedentes. 3. Recurso de revista da Reclamada de que não se conhece. (Processo: RR - 12184-33.2014.5.03.0084 Data de Julgamento: 09/11/2016, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2016.)

INTERJORNADA E INTERSEMANAL. I. O Tribunal Superior do Trabalho não admite a validade do controle de jornada por exceção. No caso, embora o Tribunal Regional tenha afirmado a validade do registro de ponto por exceção, o quadro fático delimitado na decisão recorrida é de que (a) a Reclamante registrava os horários de entrada, saída e intervalo; (b) as horas extras eram marcadas pelo encarregado e, quando havia reclamação, ele corrigia as horas extras; e, (c) em sua réplica, a Reclamante afirmou que não apresentou demonstrativo de diferenças de horas extras em razão de sua inexistência. II. Emergindo claramente que a Reclamante não foi submetida ao controle de ponto por exceção, havendo confissão sobre a inexistência de diferenças de horas extras e não demonstrada a irregularidade na fruição do intervalo intrajornada, prevalece a decisão recorrida que indeferiu o pleito de horas extraordinárias. III. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - Processo: RR - 1293-45.2013.5.12.0016 Data de Julgamento: 05/04/2017, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/04/2017.)

MINUTOS RESIDUAIS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REGISTRO DE PONTO. MARCAÇÃO DA JORNADA POR EXCEÇÃO. PREVISÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. Consoante registrado, a reclamada colacionou aos autos cartões-ponto que continham apenas registros “por exceção”, ou seja, somente foram anotadas as anormalidades da jornada contratual, nos moldes previstos em norma coletiva, porém, referida cláusula normativa foi considerada inválida, por desconsiderar a regra geral



de anotação dos horários pelo empregador com mais de dez empregados, conforme estabelecido no artigo 74, § 2º, da CLT. Segundo o entendimento desta Corte Superior, são inválidas as cláusulas constantes em acordo ou convenção coletiva de trabalho que isentem o empregador de registrar as horas efetivamente prestadas por seus empregados, já que a obrigatoriedade do registro de horário é garantida por norma de ordem pública. Precedentes. Incidência Súmula nº 333 e do artigo 896, § 7º, da CLT. (TST - Processo: RR - 890-20.2012.5.03.0030 Data de Julgamento: 29/03/2017, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. MINUTOS RESIDUAIS. TEMPO À DISPOSIÇÃO. GINÁSTICA LABORAL E REUNIÕES. TROCA DE UNIFORME. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. NORMA COLETIVA. REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO. DESPROVIMENTO. Diante da consonância do julgado regional com o disposto na Súmula nº 366/TST e da ausência de violação dos dispositivos invocados não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. (Processo: AIRR - 11086-15.2013.5.03.0030 Data de Julgamento: 16/09/2015, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS. MARCAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO POR EXCEÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. Não há como se conferir validade à norma coletiva que adota o registro de ponto por exceção, dispensando a marcação dos horários de entrada e saída. Isso porque, a despeito da elevação constitucional dos instrumentos normativos oriundos de negociações coletivas, a Constituição não autoriza a estipulação de condições as quais atentem contra a isenção de registro de frequência normal, a teor dos arts. 74, § 2º, e 444 da CLT. Precedentes. (...). (Processo: AIRR - 3208-61.2012.5.03.0131 Data de Julgamento: 07/10/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/10/2015)

4. Conclusões

Por todo o exposto, fica claramente demonstrada a irregularidade na adoção do ponto por exceção pelas empresas. O aparente conflito entre as normas, conforme demonstrado acima, entre o prestígio às normas coletivas e a proteção do trabalho somente pode ser solucionado pela adoção das normas que não causem prejuízo ao trabalhador. Mesmo as normas coletivas sofrem limitações, de ordem pública, que não podem ser aceitas.

Da mesma forma, não podemos permitir que normas infraconstitucionais limitem a fiscalização do trabalho realizado pelos trabalhadores. A implementação do registro de ponto por exceção colide com direitos fundamentais, normas cogentes, de ordem pública, portanto, irrenunciáveis, sendo que o empregador não pode mitigá-los.

O controle da jornada de trabalho assume uma importância ímpar, não interessando apenas ao empregado imediatamente atingido, mas também a todo o corpo social.

A regra, portanto, deve ser o controle da jornada de trabalho, com a aferição real do período efetivamente trabalhado, tornando-se garantia para o trabalhador e para a empresa, aplicando-se as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

5. Referências

BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452**, de 1º de maio de 1943.

_____. **Lei n.º 7.347**, de 24 de julho de 1985.

_____. **Lei n.º 7.701**, de 21 de dezembro de 1988.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990.

CAETANO, F. **Controle da Jornada de Trabalho: Como deve ser feito o controle de registro e quais hipóteses o empregador não precisa registrar?** Disponível em: <<https://caetanobritoadvocacia.wordpress.com/2016/02/01/control-da-jornada-de-trabalho-como-deve-ser-feito-o-control-de-registro-e-quais-hipoteses-o-empregador-nao-precisa-registrar/>>. Acesso em 9 de abril de 2017>.

CARRION, V. **CLT: Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**. 40 ed., revista e atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, G. F. B. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2015.

GARMENDIA ARIGON, M. **Ordem pública e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, A. M.; NASCIMENTO, S. M. **Curso de direito do trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, E. **Aspecto gerais da jornada de trabalho**. Disponível em: <<https://evp.jus-brasil.com.br/artigos/210738315/aspectos-gerais-da-jornada-de-trabalho>>. Acesso em: 9 de abril de 2017>.



O dano Extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da Reforma Trabalhista

Enoque Ribeiro dos Santos ¹

Introdução

Não obstante o avanço do instituto do dano moral ou dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho no Brasil, tanto na doutrina, como na jurisprudência, com o alargamento dos casos de incidência privilegiando a dignidade da pessoa humana, que constitui o fundamento de validade do Estado Democrático de Direito, a novel Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, veio apresentar um novo regramento, nesta temática, a partir do art. 223-A, que passaremos a analisar, de forma perfunctória, artigo a artigo, nas próximas linhas.

Em primeiro plano, o legislador brasileiro passou a adotar a expressão dano extrapatrimonial em substituição a dano moral, da mesma forma que este instituto é denominado em Portugal, na Itália e Alemanha, especialmente por ser de mais amplo espectro, abrangendo inclusive o dano estético.

1. Um novo critério para determinação do valor de reparação por Dano Moral Individual com o advento da Lei n. 13.467/2017 (Nova CLT)

Com o objetivo de colaborar com debate acadêmico, doutrinário e jurisprudencial quanto à determinação do quantum satis do dano moral individual, agora dano extrapatrimonial, pelo seu caráter subjetivo que conduz a maior dificuldade, com base em nossa experiência anterior, apresentamos aos aplicadores do Direito, em nosso livro², uma reflexão quanto ao critério para fixação do valor da reparação, como consta da tabela abaixo.

É cediço que a honra, dignidade, intimidade, vida privada de um ser humano não tem preço, que só as coisas têm preços, como já dizia Kant, pois a pessoa é um ser único, insubstituível, feito à imagem e semelhança de Deus, daí sua dupla natureza jurídica, uma material e outra imaterial ou extrapatrimonial.

Porém, quando ocorre um vilipêndio a esta especial natureza do ser humano, que deveria ser indevassável, por ato ilícito ou abusivo por outrem e a devida reparação se faz necessária, havendo a movimentação da máquina judiciária neste sentido, não será permitido ao julgador deixar de se pronunciar a respeito (*princípio do non liquet*), na fixação da justa reparação.

1 Desembargador do Trabalho do TRT da 1ª. Região. Ex-Procurador do Trabalho do MPT (SP). Professor Associado da Faculdade de Direito da USP-SP. Mestre (UNESP), Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 5ª. edição. SP: Editora Ltr, 2016, p. 268-269.

Portanto, é neste sentido que, em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias, consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa indenização ao caso concreto que se lhe apresente.

NOSSA SUGESTÃO	LEI N. 13.467/2017 (NOVA CLT)
a) Valor mínimo da reparação por dano moral individual: cinco vezes a remuneração mensal do empregado ou R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sempre se considerando o maior entre esses dois parâmetros de aferição.	I. ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido, (art. 223-G, §1º, I);
b) Valor médio da reparação por dano moral individual: dez vezes a remuneração mensal do empregado ou R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), considerando o maior entre esses dois parâmetros.	II. ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, II);
c) Valor máximo: em aberto, ao livre-arbítrio do magistrado e considerando a gravidade da ofensa, os danos morais e estéticos (cumulados) e as consequências da lesão. Por exemplo: se o ato ilícito ou abusivo do empregador levou à perda parcial da audição, o valor deve ser fixado entre R\$ 50.000,00 e R\$ 70.000,00, e em perda total entre R\$ 80.000,00 e R\$ 100.000,00, dependendo da situação econômica e financeira do ofensor.	III. ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, III);
d) No evento de óbito do trabalhador, pelo caráter insubstituível da pessoa humana para sua família e por não existir dor mais profunda do que a perda de um ser querido, a indenização deve ser fixada no valor mínimo de R\$ 300.000,00.	IV. ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, IV);
	§ 2º. Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor (art. 223-G, §2º);
	§ 3º. Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização (art. 223-G, §3º);



2. As alterações relativas ao dano Extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2017

Com o advento da Lei n. 13.467/2017 (Nova CLT), passamos a comentar os novos dispositivos legais, como segue:

TÍTULO II-A DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

O legislador inicia o regramento do instituto do dano não patrimonial, ou moral, limitando as hipóteses de incidência apenas às elencadas neste título, o que não se coaduna com a própria realidade dos fatos, haja vista a dinâmica da sociedade moderna. A rigor, a norma acima se apresenta como *numerus clausus*, e não *numerus apertus*, como deveria ser.

O Código Napoleônico de 1804, na França, considerado um dos mais avançados na época, caminhou na mesma vertente, ao considerar que seus artigos poderiam enquadrar todos os fatos sociais da época, ou seja, fazer a subsunção do fato à norma, fenômeno que ficou conhecido como dogma da completude do ordenamento jurídico civilista.

Porém, o caminhar da sociedade veio mostrar, em pouco tempo após a sua promulgação que, enquanto a lei é petrificada, estática, os fatos sociais são dinâmicos e no evolover das relações humanas criam novos fatos e novas situações que passam a não ser albergadas pelo direito posto ou pré-existente na norma cristalizada.

Na sociedade reurbanizada, globalizada, consumerista, politizada e altamente cibernética em que vivemos, não há possibilidade de estancar ou de represar a ocorrência de um instituto tão amplo como o dano não patrimonial.

Portanto, entendemos que uma legislação, por mais avançada e moderna que seja, não tem o condão de albergar todos os casos de incidência na contemporaneidade, como se extrai do dispositivo legal acima mencionado.

Além disso, em sua evolução, a sublimidade e nobreza do instituto do dano extrapatrimonial, longe de levar à sua banalização, como muitos já quiseram fazer crer, cada nova hipótese de ocorrência ou novidade jurídica o enobrece, pois é produto do desenvolvimento do próprio espírito humano. Isto provém exatamente do fato de que o dano moral segue a mesma trajetória do ser humano, pois um é corolário do outro.

Dentro deste contexto, entendemos que não há como limitar ou restringir a aplicação deste instituto do dano extrapatrimonial a apenas aos casos especificados neste estreito limite legal, como dispõe este novel artigo.

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.

Este artigo além de trazer um conceito de dano moral limita sua ocorrência apenas aos titulares do direito material à reparação, o que refoge à realidade dos fatos. Muitas vezes os titulares do dano não patrimonial ultrapassam a pessoa do trabalhador, para atingir seus familiares mais próximos, situação que não se confunde com o dano indireto ou por ricochete.

Vejamos a situação de um pequeno núcleo familiar, constituído pelo trabalhador empregado, esposa e filhos, que vivem em situação de plena felicidade, saúde e estabilidade, partilhando tudo o que a natureza lhes pode proporcionar. A partir de uma doença profissional desencadeada no emprego ou um acidente de trabalho, por negligência do empregador, pode provocar uma completa desestruturação deste núcleo familiar.

Neste caso, entendemos que o titular do direito à reparação pelo dano não patrimonial sofrido não é apenas o trabalhador, mas também o cônjuge e membros da família, pois todos, sem exceção, foram atingidos pelo núcleo do instituto, ou seja, pela dor e angústia espiritual, já que juntos compartilhavam dos momentos de felicidade.

Como muitas vezes não será mais possível o retorno à situação anterior (*status quo ante bellum*), de forma equivalente à situação de não ocorrência do dano, ou o mais próximo possível dela, não restará outra opção a não ser o pagamento da indenização ou reparação à vítima e familiares próximos, conforme recomenda o princípio do *restitutio in integrum*.

Para aprofundar ainda mais a análise deste caso hipotético, imaginemos que o trabalhador, em decorrência da doença profissional ou do acidente ficou impotente sexualmente. Daí, configurada a culpa da empresa, teremos uma hipótese de dano sexual em face da privação da esposa a uma vida sexual normal, que ostentava anteriormente ao evento danoso, fato que, por se constituir em um direito da personalidade levará à extensão da reparação à pessoa da esposa.

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.

Em uma análise preliminar, sem maiores pretensões, podemos perceber que vários direitos da personalidade que encarnam a configuração do dano extrapatrimonial não foram compreendidos neste artigo, entre os quais o direito à vida privada, à vida familiar, à vida plena e feliz, à beleza, a qualidade de vida, etc, o que exigirá do magistrado, no caso concreto, a devida subsunção do fato real à norma legal.

Vejamos os demais artigos da Lei da Reforma Trabalhista, no tópico:

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.



A novidade jurídica deste artigo está relacionada ao reconhecimento de que a pessoa jurídica também pode ser afetada pelo dano extrapatrimonial, porém, de forma tão somente objetiva, já que por se constituir uma abstração, a empresa não possui espírito.

Como o núcleo basilar da responsabilidade subjetiva repousa no tripé dor, humilhação e angústia, a empresa ou pessoa jurídica não poderá ser acometida nesta vertente da responsabilidade civil.

Com efeito, o acolhimento da admissibilidade do dano não patrimonial em relação à pessoa jurídica veio acolher o disposto na Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Súmula n. 227 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Obviamente tal especificidade de dano moral só recairá sobre a pessoa do empregado ou de terceiro, que por ação ou omissão, culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo, cometer ato ilícito e lesar a imagem ou reputação da empresa ou empregador no mercado em que opera.

Se houver a judicialização da demanda empresarial, o Judiciário poderá condenar o ofensor a uma sanção pecuniária, por meio de pagamento de indenização, ou ainda em uma obrigação de fazer (retratação pública, publicação de anúncio em jornais ou revistas, ou prestação de serviços à comunidade).

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Este artigo contempla a possibilidade de responsabilidade solidária ou subsidiária, com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que o partilhamento da indenização seja feita de forma equitativa entre os co-responsáveis pela lesão.

Ressaltamos que a solidariedade não se presume, ela decorre da lei ou do contrato.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º. Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Verifica-se dos artigos retro mencionados, o acolhimento também da Súmula n. 37 do STJ, que assim dispõe:

“Súmula 37 - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Desta forma, poderá haver a cumulação de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes), com os danos extrapatrimoniais, decorrentes da indenização por dano moral ou dano estético, decorrentes do mesmo evento lesivo e ultrapassado o filtro do nexa causal entre o dano e a lesão.

Ademais, a lei exige que o magistrado discrimine, caso a caso, os valores relativos a cada tipo de indenização ou reparação.

Já o parágrafo 2º do presente artigo é até mesmo redundante, na medida em que os magistrados, no caso concreto, atuam neste sentido, ou seja, não há interferência da avaliação dos danos patrimoniais com os danos morais, pois possuem natureza jurídica diversa, o que, por si só, enseja a cumulação dos respectivos pedidos.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I. a natureza do bem jurídico tutelado;
- II. a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III. a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV. os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V. a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI. as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII. o grau de dolo ou culpa;
- VIII. a ocorrência de retratação espontânea;
- IX. o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X. o perdão, tácito ou expresso;
- XI. a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII. o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I. ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II. ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;



III. ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV. ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º. Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º. Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Certamente este artigo trata da parte mais tormentosa para os aplicadores do direito, especialmente os magistrados que deverão fixar o quantum satis da indenização, nos termos do art. 944 do Código Civil Brasileiro:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

O arbitramento da indenização por dano moral deve considerar a gravidade do dano e a dimensão dos prejuízos sofridos, a capacidade patrimonial dos ofensores, o princípio da razoabilidade e o caráter pedagógico da medida (arts. 5º, V e X da CF/88 e arts. 12, 186, 187 e 944, do Código Civil Brasileiro).

Sem dúvida que a reparação pecuniária do dano moral deverá ser pautada pela força criativa da doutrina e da jurisprudência, devendo o magistrado, diante do caso concreto, considerar, em linhas objetivas, todos os detalhes e aspectos, às vezes colocando-se no lugar do lesante e do lesado, para fazer a subsunção do caso concreto à norma legal, postando-se muitas vezes como se psicólogo fosse, para fixar a indenização que se afigure mais justa no caso concreto.

Embora o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 281 tenha fixado o entendimento no sentido de que: “*A indenização por dano moral não está sujeita a tarifação prevista na Lei de Imprensa*”, cremos que o estabelecimento de critérios objetivos, como ora proposto pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) promoverá uma parametrização do valor da reparação aos magistrados e aplicadores do direito, bem como uma maior previsibilidade e segurança jurídica aos atores sociais.

O problema que se afigura e que terá que ser aferido pelo magistrado no caso concreto é que a dignidade humana não é mensurável, não tem preço, possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuições que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada, daí a imponderabilidade de se usar idênticos parâmetros para todos os indivíduos. Em outras palavras, colocar todos na mesma balança.

Exemplo: um diretor de uma grande empresa, com remuneração elevada, certamente terá uma indenização muito superior a um operário que labora no chão de fábrica, com remuneração muito inferior. Será que a dignidade do diretor é superior axiologicamente à dignidade do operário? Em termos de indenização pela ocorrência do dano extrapatrimonial, o valor pecuniário da indenização do diretor se apresentará muito superior à do operário, ensejando uma situação de não equidade, como se a dignidade do operário fosse considerada de segunda linha. Mas este é apenas um dos inúmeros percalços que deverão ser solucionados pela doutrina e pela jurisprudência futura.

Deste fato decorreu nossa reflexão no sentido de se estabelecer parâmetros de fixação do valor da reparação, em uma escala de valores, mas sempre deixando uma janela aberta ao magistrado, para em seu juízo de ponderação, fixar a justa indenização em cada caso concreto que se lhe fosse apresentado.

3. Conclusões

É de sabença comum que a honra, dignidade, intimidade, vida privada de um ser humano não tem preço, que só as coisas são monetizadas, como já dizia Kant, pois a pessoa é um ser único, insubstituível, feito à imagem e semelhança de Deus, daí sua dupla natureza ou duplo patrimônio, um de índole material e outro imaterial ou extrapatrimonial.

Da mesma forma, podemos dizer que tanto o dano moral individual, como o dano moral coletivo ou transindividual (metaindividual) foram albergados, de forma definitiva, em nosso ordenamento jurídico, de forma que ocorrendo o ilícito, ou abusividade, e preenchidos os seus elementos caracterizados em juízo de ponderação, e não apenas de subsunção do fato à norma, a regra geral será pela procedência da justa e devida reparação.

Sendo assim, ocorrendo um vilipêndio a esta especial natureza do ser humano, que deveria ser indevassável, por ato ilícito ou abusivo por outrem e a devida reparação se faz necessária, havendo a movimentação da máquina judiciária neste sentido, não será permitido ao julgador deixar de se pronunciar a respeito (princípio do *non liquet*), na fixação da justa reparação.

Portanto, é neste sentido que em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles, a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extra patrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa e devida indenização ao caso concreto que se lhe apresente.



O princípio da integridade e a celeuma do negociado sobre o legislado previsto na Lei Nº 13.467/2017 que alterou a CLT

Fagner Sampaio Filadelfo ¹.

Resumo: Dentro da filosofia do Direito desenvolveram diversas teorias de interpretação da norma jurídica como instrumento de auxílio para encontrar o desfecho satisfatório em casos complexos diante da discricionariedade dos julgadores e peculiaridade dos casos. Neste estudo, será dado ênfase ao quanto discorrido por Ronald Dworkin ao princípio da integridade frente à dualidade do negociado sobre o legislado e sua aplicação dentro do novo ordenamento normativo trabalhista imposto pela Lei nº 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Assim, surge a necessidade de falar do princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do Direito para estabelecer conexão com a possibilidade de negociação das normas trabalhista. O ordenamento jurídico trabalhista veda ao máximo a negociação e até flexibilização das normas relativas à saúde e segurança do trabalhador. No entanto, em contramão, Dworkin preceitua que o Direito seria mais eficiente se governados por princípios e sua maleabilidade frente a novos casos. Daí surge um questionamento: até que ponto as normas podem ser negociadas, por exemplo, em termos de Meio Ambiente de Trabalho, para que o poder judiciário possa conseguir utilizar da integração jurídica? Espera-se que os ditames de Dworkin em conjunto com as novas diretrizes da CLT de 2017 sirvam de subsídio para uma melhor atuação dos aplicadores do Direito frente a essa nova realidade.

Palavras-Chave: Princípio da Integridade; Ronald Dworkin; Negociado; Legislado; Direito do Trabalho; CLT 2017

1. Introdução

Os estudiosos da área jurídica, incluindo os aplicadores do Direito, vão encontrar, cada vez mais, questões relacionadas à dualidade posta pela Lei nº 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e trata da possibilidade de sobrepor o negociado em relação ao legislado, principalmente quando for colocado na prática e no término da relação existente entre empregado e empregador.

No conglomerado de possibilidades, principalmente quando lançamos o olhar para essa “nova CLT” e o horizonte de casos complexos na seara trabalhista, diante da probabilidade ampla de negociação que os sindicatos emponderaram, torna-se temerário aos litigantes e aos operadores do Direito, os advogados, o futuro incerto que pode ocorrer com o “negociado” sobrepondo o “legislado”.

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Saúde, Ambiente e Trabalho pela Faculdade de Medicina Da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Para isso, dentro da filosofia do Direito, foram desenvolvidas várias teorias de interpretação da norma jurídica como instrumento de auxílio para encontrar o desfecho satisfatório em casos complexos ante a discricionariedade dos julgadores e peculiaridade dos casos. Tais teorias têm como maiores precursores Kant, Hart e Dworkin, cada uma com suas particularidades, mas que possuem em comum o estudo em relação à possibilidade de discricionariedade judicial.

Neste trabalho será dado ênfase ao quanto discorrido por Ronald Dworkin segundo o qual o modelo de discricionariedade adotado pelo positivismo jurídico deve ser afastado pelos julgadores ao se depararem com casos de difíceis resoluções. Para tanto acredita em um modelo que se utilize de padrões determinados, estabelecendo previsibilidade e resoluções corretas mesmo diante de tais casos.

A visão, acima exposta, apresenta características marcantes deste pensador, baseada em uma teoria mais liberal do Direito, pois utilizam as teorias da decisão judicial e da legislação como teorias fundamentadoras para a criação da Teoria do Direito, ou seja, descobrir direitos, flexibilizá-los e normatizá-los frente às situações concretas.

O objetivo deste estudo é enfrentar o princípio da integridade preconizado por Ronald Dworkin frente à dualidade do negociado sobre o legislado e sua aplicação dentro do novo ordenamento normativo trabalhista imposto pela Lei nº 13.467/2017, que alterou a CLT.

2. A integridade de Dworkin e a legitimação da negociação de normas trabalhistas por seus próprios atores

Quando aplicamos as ideias de Dworkin no tema deste artigo, percebemos que para negociar uma norma trabalhista deve-se levar em consideração a legitimação e a aplicação ao caso concreto - sua aplicação prática suscetível de atender o bem-estar e, principalmente, a saúde e a segurança do trabalhador.

Nesse momento, surge a necessidade de falarmos do princípio da integridade proposto por Ronald Dworkin, como modelo de interpretação construtiva do Direito, para assim estabelecermos sua conexão com a possibilidade de negociação das normas trabalhista, e, mais especificadamente, as pertinentes ao meio ambiente do trabalho.

A construção de um direito positivado não pode desconsiderar as interpretações que são dadas ao Direito, dentro do seu contexto histórico, até porque, sabemos que estas são subjetivas e mutáveis. Atrelado a isso, não é crível desvincular também dos demais princípios constitucionais, processuais, entre outros, inseridos no ordenamento jurídico ao longo dos anos.

Dessa forma, Dworkin propõe estabelecer como fonte do Direito a coerência de princípios, identificando quais deles justificam as leis e os precedentes históricos, utilizando-os como direitos dos cidadãos reconhecidos implicitamente, bem como ferramenta de restrição do poder de coerção.



Contudo as proposições jurídicas se tornariam verdadeiras a partir do momento em que fossem reconhecidas na teoria política, não só as três virtudes tradicionalmente identificadas, ou seja, a equidade, a justiça e o devido processo legal, mas também reconhecendo a virtude política não tradicional, qual seja: a integridade. Isso porque admitir tal ideia é aceitar a integridade como um todo, seja na legislação, produzindo leis coerentes; bem como, no julgamento, quando há uma decisão de um magistrado.

Sendo assim, poderemos qualificar a integridade como uma virtude política, vez que se espera como ideal que o governo tome deliberações, mesmo se forem prolatadas no passado, tendo a fundamentação nos princípios da justiça e da equidade, inclusive em casos que discordamos do que esses estabeleçam. Dessa forma, a construção do Direito é baseada no exercício de interpretação construtiva.

Destaca-se aqui que a integração jurídica é denominada como o processo de preenchimento das lacunas normativas verificadas no sistema jurídico, em face de um caso concreto, mediante o recurso a outras fontes normativas que possam ser especificadamente aplicáveis. (DELGADO, 2012).

Quanto às consequências dos ensinamentos de Dworkin, com sua teoria da integridade, fica evidente que essa contribui para a eficiência do Direito, pois *“quando as pessoas são governadas por princípios há menos necessidade de regras explícitas, e o Direito pode expandir-se e contrair-se, organicamente, na medida em que se entenda o que eles exigem em novas circunstâncias”* (DWORKIN, 2007).

Porém, na tentativa de vislumbrar a aplicabilidade da teoria da integridade perante as normas relativas ao meio ambiente do trabalho, é preciso enfrentar tudo quanto dispõe nossa legislação pátria.

O ordenamento jurídico trabalhista veda ao máximo a negociação e até flexibilização das normas relativas à saúde e segurança do trabalhador. No entanto, quanto ao que dispõe Dworkin, o Direito seria mais eficiente se governados por princípios e sua maleabilidade frente a novos casos.

Aqui cabe uma ressalva. No patamar em que se encontra o Direito do Trabalho, bem como, a Sociedade brasileira e a forma exacerbada como impera o capitalismo e a busca do lucro, se não houver normas imperativas que garantam o mínimo seria surreal a vulnerabilidade dos trabalhadores.

Nesse momento, importante destacar os ensinamentos de Vólia Bonfim Cassar sobre relação entre normas e sociedade: *“só é possível um mercado de trabalho flexível, regido pelas leis de mercado, num país em que as taxas de desemprego sejam pequenas e que adote medidas protetivas para amparar e capacitar o trabalhador desempregado[...]”*. Ou seja, a sociedade deve convergir para o bem comum, agindo na busca do Estado do bem-estar social. (CASSAR, 2012)

Daí surge um questionamento: até que ponto as normas podem ser negociadas, por exemplo, em termos de Meio Ambiente de Trabalho, para que o Poder Judiciário possa conseguir utilizar da integração jurídica?

3. Integração: o “negociado” da CLT de 2017

A integração comporta:

Um conjunto de mecanismos voltados a assegurar o suprimento das lacunas apresentadas pelas fontes principais do sistema jurídico perante determinado caso concreto. Este instituto é que permite atender-se ao princípio da plenitude da ordem jurídica, informador de que a ordem jurídica sempre terá, necessariamente, uma resposta normativa para qualquer caso concreto posto a exame do operador do Direito”. (DELGADO, 2012)

A flexibilização e a negociação das normas podem decorrer tanto da falta de normatização bem como para adequação no caso específico de determinado setor, área, função, classe. Levando em consideração as lições anteriormente acima de Delgado, para o preenchimento das lacunas devem ser observadas as fontes formais e informais frente ao caso concreto. Porém a integração é de extrema importância para que de fato ocorra. Isso porque ela traduz e formaliza um dos principais revides que o judiciário deve ter com os seus pleiteadores, qual seja, o retorno, o julgamento, a resposta. Nesse ponto é que destacamos o importante ensejo da integração para alicerces do princípio da plenitude da ordem jurídica.

O princípio da plenitude pode ser percebido, segundo Delgado, em diversos instrumentos legislativos: no art. 4º da Lei de Introdução do CCB², no Código de Processo Civil³, bem como na própria Consolidação das Leis do Trabalho⁴. (DELGADO, 2012)

A integridade, de certa forma, acaba sendo mais visualizada quando nos deparamos diante do Poder Judiciário, até porque decisões relevantes no mundo jurídico são prolatadas por estes. Isto ocorre visto a necessidade de aplicar essa virtude diante das convicções políticas de cada juiz para que tais decisões sejam interpretadas à luz da história política da comunidade, sempre com coerência das convicções, dos princípios e da moral pública.

Assim poderíamos dizer que a integridade traz à baila padrões fundamentais de justiça e equidade, por meio de comportamentos coerentes e fundamentados em princípios. Logo, governar uma comunidade pautada em princípios influi diretamente na eficiência do Direito, o qual precisará de menos regras explícitas e conseqüentemente podendo expandir-se e flexibilizar-se diante de novas circunstâncias.

2 BRASIL Lei nº 12.376, de 2010, art.4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

3 BRASIL Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. art. 126: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

4 BRASIL DECRETO-LEI N.º 5.452, de 1º de maio de 1943, art.8º: As autoridades administrativas e a Justiça do trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.



É importante identificar que a interpretação do Direito com integridade só será possível de ser alcançada se enxergarmos que, atrás de tudo, temos uma comunidade personificada, em forma de Poder Judiciário, sendo a única autora capaz de identificar os direitos e deveres que servirão como limitadores nas decisões judiciais.

Dworkin assevera que a construção da prática jurídica possa ser comparada a um romance em cadeia, onde cada intérprete, a escrever o próximo capítulo, deve encontrar o melhor desenvolvimento da história. No entanto, deve sempre dar continuidade à história para que o texto continue sempre único e coerente como se tivesse escrito pelo autor inicial. (DWORKIN, 2007)

Ou seja, diante de uma nova decisão, o juiz deve antes interpretar as decisões passadas, pois estas servem para limitar as opções possíveis, ou seja, as convicções pessoais do juiz, servindo como base para uma melhor interpretação do Direito.

Porém esta interpretação pautada em princípios não deve ser analisada pelos operadores do Direito diante de tradições autoritárias, mas sim considerando a história institucional do Direito, dando prioridade aos direitos que possuem validade positiva, dignos de reconhecimentos por traduzirem a máxima justiça.

Nessa seara, importante trazer à baila o ensinamento de Dworkin quando é questionado sobre a forma atraente da integridade dentro do ordenamento jurídico e sua relação com a sociedade:

Mostrarei que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo. (DWORKIN, 2007).

Pensar em integridade é pensar também na construção da legislação (normatização) frente a negociação das normas. Aqui voltando para a seara trabalhista, onde normas podem ser flexibilizadas de variadas formas (Normas coletivas, preceitos de tribunais, interpretação).

Atualmente, em tempos de crise econômica e financeira, a norma trabalhistas, que é uma das mais rígidas e menos flexíveis, pode ser flexibilizada para assegurar a manutenção do emprego.

No Brasil, a Medida Provisória nº 680⁵ sancionada pela Presidente Dilma Rousef, flexibilizou a jornada de trabalho, sendo reduzida e, assim, os trabalhadores passariam a receber proporcionalmente pela carga horária laborada. No entanto, pensando no poder

⁵ BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 680, DE 6 DE JULHO DE 2015. - Institui o Programa de Proteção ao Emprego e dá outras providências.

aquisitivo da população que diminuiria consideravelmente, o governo subsidiaria parte do salário, sendo o trabalhador poupado de perda salarial tão considerável.

Todavia, como nosso tribunal pode agir frente a essa mudança? Só a aplicação da medida provisória na prática, e as nuances que podem surgir dessa, é que nos dará a resposta.

Cabe aqui uma indagação: como devem agir nossos juízes frente a casos novos, onde a norma foi negociada em certos contornos a modificar as formas da relação formando uma nova realidade sem precedentes?

Tomando como base os ensinamentos de Dworkin, os juízes podem utilizar de argumentos de política para definir e determinar certas diretrizes, ou seja, podem justificar a criação de determinada norma em detrimento do bem-estar coletivo.

Porém as reflexões trazidas por este princípio, ultrapassam a esfera das decisões judiciais atingindo conceitos preestabelecidos sobre as normas trabalhistas, no momento em que passamos a identificá-lo como integridade política, haja vista que a sua subdivisão gera não só o princípio da integridade jurisdicional analisada anteriormente, mas também o princípio da integridade político-legislativa, nas quais as leis devem estar em consonância com a moral da comunidade.

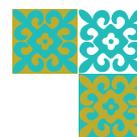
Dessa forma, a integridade não significaria agir com justiça ou equidade, e sim numa interpretação mais extensiva que nos leva à percepção da importância das leis se adaptarem à realidade dos fatos, advindo das constantes crises mundiais, para assegurar melhores condições aos trabalhadores.

Poderíamos afirmar que a variação do mercado de trabalho, dos direitos sociais, a competitividade econômica, a globalização, a modernização, a tecnologia viabilizam a negociação das normas mantendo-a maleável até mesmo no próprio Direito Constitucional Trabalhista.

Ressaltamos que da análise da adequação das leis à realidade da sociedade Brasileira, potencializa-se a necessidade da negociação e a desestruturação do ordenamento trabalhista, isso porque é predominante o despreparo profissional, a miséria, a desigualdade na distribuição de renda, o alto grau de desemprego e marginalização cultural e, principalmente, a fragilidade da estrutura sindical.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, os efeitos dos novos ditames presumem uma nova estrutura flexível e quebra com os conceitos clássicos das relações trabalhistas e do ambiente de trabalho. Dessa forma, a concepção referente à proteção do trabalhador poderá ser interpretada à luz do Direito com integridade a fim de dirimir as discussões atuais nos tribunais e jurisprudenciais referentes aos direitos trabalhistas e os princípios que o regem.

A celeuma da negociação das normas jus laborais diante do direito protetivo do trabalhador também pode ser explicada pela teoria de Dworkin, uma vez que esta discussão permeia a melhor forma de equilibrar as partes envolvidas na relação de trabalho.



Dentre esta nova estrutura e possibilidades dadas pela redação do artigo 611-A da CLT de 2017, que permeia a possibilidade do negociado sobrepor o legislado, dá margem a ampliação de negociação de direitos que ali não foram englobados. Isso por que o artigo citado é uma norma exemplificativa e não exaustiva na identificação sobre o que pode ou não ser negociado. Neste ponto, há os que defendem a intervenção estatal como forma da obtenção desse equilíbrio e outros que entende que o equilíbrio só ocorrerá quando não existir a intervenção estatal, mas sim as negociações individuais e coletivas, aqui inseridos os sindicatos, como detentores da proteção dos trabalhadores.

Observa-se que a divergência encontra-se na melhor forma de interpretação do real significado do princípio da proteção do trabalhador. Neste momento, se levarmos em conta a teoria do Direito como integridade, proposta por Ronald Dworkin, perceberemos que diante dos fatos, caberá ao Estado como ente personificado buscar implementar a melhor coerência das decisões, bem como as decisões judiciais proferidas pelo Judiciário, que decorram de um mesmo conjunto de princípios.

Não obstante, diante da realidade dos tempos atuais é o Estado que detém maior força para a proteção dos trabalhadores, até porque, com os problemas enfrentados, a exemplo do desemprego, nota-se que os sindicatos estão se enfraquecendo cada vez mais. Logo como poderão ser os percussores e detentores do negociado se eles são tão subjugados e manipulados?

Neste cenário, como entender o artigo 611⁶ – A da “nova” CLT quando permite que “*a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho tem prevalência sobre a lei quando, dentre outros, dispuserem sobre: [...] XIII – enquadramento do grau de insalubridade*”? (BRASIL, 2017)

Outra indagação: como deixar a cargo de um sistema sindical frágil a possibilidade de discutir o grau de insalubridade que determinadas atividades apresentar? Essa norma não comportaria tal negociação, principalmente quando lida conjuntamente com a Constituição Federal. Ela beira a inconstitucionalidade, visto que normas de segurança e proteção são imperativas e, coadunadas com a Constituição Federal e as normas regulamentadoras, não podem está à mercê das partes envolvidas. Assim, como leciona Francisco Lima:

[...] o enquadramento se dá a níveis mínimo, médio e máximo, conforme o grau de nocividade do ambiente de trabalho para a saúde. E os níveis de nocividade são aferidos por perícia especializada, realizada segundo os parâmetros legais e da Portaria n. 3.214/1978, NR-15. Portanto, não comporta negociação individual ou coletiva neste tema. (LIMA, 2017)

O autor citado vai além. Ele é peremptório ao aduzir que “*Com saúde não se brinca. E esse é um problema de saúde pública, portanto, questão de Estado*”. (LIMA, 2017)

⁶ BRASIL. LEI N° 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Porém, vislumbrando a conjectura de uma estrutura consistente permeando que a negociação acima do legislado de fato prestigiasse os trabalhadores, pensamos, na verdade, a teoria de Ronald Dworkin para servir como estrutura metodológica na busca de soluções certas para o caso concreto através da conjugação de princípios “como comunidade”. Senão vejamos um julgado do ano de 2008, da relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi:

EMBARGOS - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO - OPÇÃO DO EMPREGADO POR JORNADA DE OITO HORAS - CONCORDÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA IRRENUNCIABILIDADE E DA PRIMAZIA DA REALIDADE - ARTIGOS 9º E 444 DA CLT. 1. A discussão dos autos cinge-se à validade da opção do Reclamante pelo cargo em comissão com jornada de oito horas, em confronto com o que dispõe o art. 224 da CLT. 2. As peculiaridades da consolidação e institucionalização do direito do trabalho, no contexto do Estado Social, refletiram na formação de seus princípios basilares, como os da proteção do trabalhador, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da primazia da realidade. 3. O princípio da irrenunciabilidade decorre do próprio caráter cogente e de ordem pública do direito do trabalho. Significa, nessa esteira, que o trabalhador - inclusive pela desigualdade econômica em que se encontra perante o empregador - não pode abrir mão dos direitos legalmente previstos. Esse princípio tem por fim protegê-lo não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura. 4. Por sua vez, o princípio da primazia da realidade orienta no sentido de que deve ser privilegiada a prática efetiva, a par do que eventualmente tenha sido estipulado em termos formais entre as partes. Aliás, é justamente esse princípio - ao lado do princípio protetor - que matiza a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas. 5. Não se trata, nesse último caso, de conflito entre princípios. Ao revés, necessário é, como propõe Ronald Dworkin, buscar a decisão correta para o caso concreto, a partir da conformação que os princípios abraçados pelo ordenamento jurídico devem adquirir. 6. Nesse sentido, dois parâmetros são importantes. O primeiro é afirmar a carga deontológica dos direitos, como condição necessária e indispensável para levá-los a sério. O segundo é encarar o direito a partir da premissa da integridade. 7. A premissa do direito como integridade é relevante sobretudo quando se enfrenta uma questão jurídica - como a presente - em uma perspectiva principiológica, o que, a seu turno, mostra-se ainda mais importante no atual paradigma do Estado Democrático de Direito. 8. No caso dos autos, a alegação de boa-fé das partes não tem o condão de conferir validade à opção efetuada pelo Reclamante. A premissa do direito como integridade impõe, com todas as suas consequências, a aplicação dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais conformam e justificam, de modo coerente, o direito do trabalho em nosso ordenamento jurídico. 9. Assim, se os princípios protetivo e da primazia da realidade matizam a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas, não há falar em boa-fé quando exatamente esses mesmos princípios são contrariados. Em outras palavras, não há, na espécie, como reconhecer boa-fé em prática que ofende os princípios protetivo e da primazia da realidade. 10. A validade da opção discutida in casu encontra



óbice imediato no art. 444 da CLT, um dos corolários do princípio da irrenunciabilidade. De fato, o preceito veda a estipulação de relações contratuais de trabalho que contrariem as disposições de proteção ao labor - ainda que aparentem ser favoráveis ao empregado. Nesse sentido, é importante recordar que a jornada do bancário está prevista no título III da CLT, que trata exatamente -Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho-. 11. A prática narrada nos autos contraria também o art. 9º da CLT, que corresponde a um desdobramento do princípio da primazia da realidade. A conduta adotada pelas partes na hipótese vertente volta-se diretamente contra a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho. 12. Aliás, foi exatamente o referido princípio que ensejou, no âmbito desta Corte, a edição da Súmula nº 102, I: -a configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, d e pendente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos- (grifei). 13. Não é suficiente, assim, a declaração das partes de exercício da função de confiança; indispensável é, portanto, a correspondência da declaração de vontade à prática efetiva. 14. Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho. 15. Vale acrescentar que não é relevante à solução da controvérsia o valor eventualmente percebido pelo Reclamante, na espécie, em contrapartida à opção pelo cargo em comissão com jornada de oito horas. Tal argumento acarretaria nítido prejuízo à carga deontológica do direito e à normatividade dos artigos 9º e 444 da CLT. 16. Assim, na hipótese vertente, a opção feita pelo Reclamante é nula de pleno direito, por contrariar os artigos 9º e 444 da CLT e os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade. 17. Devido é, portanto, o pagamento, como extras, da sétima e oitavas horas diárias, em face do reconhecimento do direito à jornada prevista no art. 224, caput, da CLT. Embargos conhecidos e providos⁷. TST - E-ED-RR: 877001620055100008 87700-16.2005.5.10.0008 - (Grifos adotados)

Tal decisão, prolatada pela Subseção-I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho – TST, utilizou pressupostos sugeridos por Dworkin ao entender que a decisão correta para o caso em questão deverá ser aquela na qual considere o ordenamento jurídico como um conjunto de princípios coerentes, em que o princípio da proteção do trabalhador esteja conjugado com o princípio da boa-fé.

As divergências jurisprudenciais se fazem cada vez mais presentes levando em consideração que o Direito, por ser uma ciência que contempla o campo subjetivo, sempre trará doutrinas diferentes e contrárias. No caso em análise, o julgado ora mencionado resultou da divergência do poder jurisdicional Trabalhista, onde o ponto central é a validade da negociação entre o empregado com o empregador, na qual o obreiro concorda na transição para cargo comissionado com jornada maior do que a anterior de oito horas.

⁷ (TST - E-ED-RR: 877001620055100008 87700-16.2005.5.10.0008, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 20/11/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais,, Data de Publicação: DJ 05/12/2008.). <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2151714/embargos-declaratorios-recurso-de-revista-e-ed-rr-877001620055100008-87700-1620055100008>. Acesso em: 09/08/2015.

Ato contínuo, identificamos a primeira corrente que prega a existência da boa-fé no acordo de vontades, mesmo que para tanto exista consequências maléficas para a integridade do obreiro. A outra vertente trazida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais e, portanto, a mais coerente a ser utilizadas em casos idênticos e semelhantes, parte da mesma premissa adotada por Dworkin, ou seja, apesar da existência do princípio da boa-fé na referida negociação, esse não poderá se sobressair sobre os demais princípios correlatos à justiça laboral.

Ademais, não pode coexistir no caso concreto o princípio da boa-fé se, para tanto, for retirado o princípio da proteção do hipossuficiente da relação, que nesse caso é o trabalhador. Devemos analisar a situação juntamente com os efeitos do processo de globalização, que muitas vezes pressiona o empregado a aceitar imposições agressivas a seus direitos e até mesmo ao ambiente de trabalho que o mesmo esteja inserido. Dessa forma, o negociado preconizado na CLT de 2017 deve ser interpretada pelo Poder Judiciário, frente ao mundo político em que os sujeitos estão inseridos, vendo o todo e o conglomerado de princípios que devem convergir para a integridade do sistema jurídico.

No que concerne ao Judiciário, o que se deve ter em mente sobre os pensamentos de Ronald Dworkin é que o magistrado deve tentar buscar efetivamente a coerência moral, e, assim, considerando o princípio da integridade, responder às demandas que estão ao seu crivo decisório com uma resposta sensata. Isso porque, segundo esse autor

[...] quando o Direito é visto em seu caráter interpretativo, mas voltado para determinados princípios, há pouco sentido em ser afirmada ou negada uma verdade objetiva, no entanto, não deixa de existir a resposta correta, sob pena da inflexão ou de uma espécie de licença de pressupostos, com os quais devem ser evitados o abuso de Direito. (DWORKIN, 2005)

4. Considerações Finais

Diante do exposto, percebe-se que as possibilidades de negociação de direitos e/ou normas trabalhistas vem sendo colocadas como solução intermediária entre as novas relações socioeconômicas e a rigidez das normas jus trabalhistas, exigindo por parte do Estado uma intervenção mais branda. Isso decorreu, inclusive, com a reforma trabalhista e a modificação consubstancial da CLT, com a qual discriminou, expressamente, o “negociado” sobre o “legislado” para dispor sobre alguns direitos, dentre os quais podem observar direitos que estão diretamente ligados à saúde e segurança dos trabalhadores.

Assim, esse modelo de Direito do Trabalho tradicional, que assegura um acréscimo de tutela dos trabalhadores, tem sido acusado de constituir fator de rigidez do mercado de emprego e da alta de custo de trabalho, e, nessa medida, de contribuir para o decréscimo dos níveis de emprego e conseqüente estímulo ao desemprego.

Desde logo, cumpre esclarecer que a negociação aqui discutida nada tem haver com a desregulamentação, até porque o negociado tem limites.



Precisamos levar em consideração que para solucionar os conflitos e discussões levadas ao Poder Judiciário pode ser utilizado o princípio da integridade, proposto por Dworkin, ou seja, pode-se adotar o Direito como integridade, sendo o Estado o garantidor dos direitos, e deverá governar uma comunidade pautada em princípios, onde sua intervenção estabeleça padrões predeterminados sempre com justiça, equidade e coerência.

O grande desafio é demonstrar de que forma esse instituto poderá ser aplicado sem que isso acarrete desrespeito aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores dentro da perspectiva das recentes e futuras alterações do entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho.

A utilização da teoria de Ronald Dworkin pela Justiça Trabalhista é aproveitada com bastante veemência nas questões referentes ao meio ambiente do trabalho, onde as relações de trabalho estabelecidas devem ser pautadas pela boa-fé e o respeito mútuo. Além disso, os princípios norteadores do Direito do Trabalho são diretamente vinculados aos princípios constitucionais, o que garante, ainda mais, a integridade do sistema principiológico que impera no nosso ordenamento.

Trazer para estes ambientes a coerência entre os princípios correlacionados com a matéria, levando à equidade das decisões, à justiça e à ampla defesa é competência do poder público, o qual tem o dever de adotar medidas protetivas contra qualquer tipo de desrespeito ao meio ambiente. Este, por sua vez, também deverá impor limites e visar melhores condições de desenvolvimento socioeconômico e respeito à dignidade de vida do obreiro.

Por tudo que foi analisado neste trabalho, conclui-se que no caminho para alcançar o equilíbrio social, frente à nova realidade, o processo de “negociação” das normas trabalhistas não é uma imperiosa necessidade. A urgência, pois, não está na modificação de normas jurídicas laborais, mas na implementação de políticas públicas, que propiciem o desenvolvimento econômico do país, com justa distribuição de renda e medidas que inibam o engessamento do mercado de trabalho.

Todavia qualquer alteração a ser promovida deve respeitar o núcleo de normas de ordem pública, que deverá permanecer inatingível, pois a ordem jurídica tem o dever de assegurar a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que são fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer que fazer o negociado sobrepor o legislado no Direito do Trabalho não é, no Brasil atual, o caminho para o desenvolvimento econômico, podendo até ser um retrocesso para o desenvolvimento social. A sociedade brasileira não está apta para deixar ao arbítrio dos sindicatos, sem força histórica que o desvincule dos empregadores e defenda os direitos dos trabalhadores, a negociação de normas conquistadas por meio de luta da classe trabalhadora.

O homem, mesmo sem tecnologias avançadas como a do mundo globalizado, já foi capaz de enormes barbaridades ao longo da história, para auferir lucro, explorando a força de trabalho do mais fraco. Portanto, gozando de todo aparato tecnológico atual, já é possí-

vel visualizar as novas formas de exploração dos mais fracos pelos mais fortes. Posto isto, a “negociação” no Brasil precisa ser cuidadosamente analisada para que onde a liberdade escravize a lei possa realmente libertar, parafraseando Abade Francês Henri Dominique Lacordaire (1802-1861).

5. Referências

AMAD, Sérgio. **Flexibilização trabalhista é um bom remédio**. O Estado de São Paulo, 08.02.2012. Disponível em: <<http://www.professorleonepereira.com.br/noticias/texto.php?item=2094>>.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf>.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ªed. São Paulo: Ltr, 2010 (Cap. 1 - Fundamentos e Formação Histórica do Direito do Trabalho. Tendências Atuais do Direito do Trabalho. Flexibilização. Desregulamentação. p. 43-70).

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Limites da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2008.

BRASIL. **Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977**. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. 10. Ed. Atual. São Paulo: Rideel, 2011.

_____. **DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Consolidação das Leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

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

_____. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>.

_____. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa**. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

CARVALHO, Luiz Henrique Sousa de. **A flexibilização das relações de trabalho no Brasil em um cenário de globalização econômica**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1147>>.



CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2012 (Cap. 1 - 3. Fundamentos e Formação Histórica; Cap. 2 - 3. Flexibilização e Desregulamentação; 4. Princípio Constitucional da Condição Mais Favorável Como Limite à Flexibilização dos Direitos Fundamentais do Trabalho).

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012 (“Origem e evolução do Direito do Trabalho”; “Origem e evolução do Direito do Trabalho no Brasil”).

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. – 9. ed. – São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Direito coletivo do trabalho e seus princípios norteadores**: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/52335/007_delgado>. Acesso em: 26/08/2015.

DMITRUK, Erika Juliana. **O Princípio Da Integridade Como Modelo De Interpretação Construtiva Do Direito Em Ronald Dworkin**. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf>

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O Império do Direito**. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2007.

_____. **Uma questão de principio**. (Trad. de Luís Carlos Borges). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005)

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho**. – 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2009.

GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho: prevenção e salvaguarda do trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2008.

GROSSO, Cristiano Pinheiro. **Limites Da Flexibilização No Direito Do Trabalho À Luz Dodesenvolvimento Econômico E Social**. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/8b357c913bbfa6970d06b7356171db57.pdf>>. Acessado em 29.08.2105

JUCÁ, Francisco Pedro. **Renovação do Direito do Trabalho: abordagem alternativa à flexibilização**. São Paulo: LTr, 2000.

LEITE, Roberto Basilone. **Rev. TST**, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3834/rev69_1_15.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de mar. 2013.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto** / Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima. – São Paulo: LTr, 2017.

LOPES, Otávio Brito. **Desregulamentação: flexibilização dos direitos trabalhistas**. In: Revista do Direito Trabalhista, v.6, nº 3, p.6-9, mar. de 2000.

MARQUES, Ana Maria Almeida. **Artigo: Notações sobre o princípio protetor no direito do trabalho na contemporaneidade e a precarização do labor humano**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_91/Artigos/PDF/AnaMarques_Rev91.pdf>.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (“O trabalho e a formação histórica do direito do trabalho”).

MELO, Sandro Nahmias. **Meio Ambiente do Trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, 1997: 120 apud CARVALHO, Luiz Henrique Sousa de. **A flexibilização das relações de trabalho no Brasil em um cenário de globalização econômica**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1147>>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (“História do Direito do Trabalho e o Direito do Trabalho no Brasil” p.31-119).

NOGUEIRA, Sandro D’Amato. **Meio ambiente do trabalho: o princípio da prevenção na vigilância e na saúde ambiental**. São Paulo: LTr, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jurgen Habermas e Klaus Gunther. Belo Horizonte, 2013. Ed. Clube de Autores.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Globalização, integração de mercados, repercussões sociais – Perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil**. In: Rev. TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/documents/1295387/1313032/02.+Globaliza%C3%A7%C3%A3o%20integra%C3%A7%C3%A3o+de+mercados%20repercuss%C3%B5es+sociais+%E2%80%93+Perspectivas+do+Direito+do+Trabalho+no+Brasil?version=1.0>>.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. **Futuro do direito e do processo do trabalho no Brasil**. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 70, n. 2, p. 15-27, jul./dez. 2004. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/3825>>.

PRADO. Esther Regina Corrêa Leite. **Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446>. Acessado em 12.07.2015.

SÛSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010 (“Formação histórica e ideológica do Direito do Trabalho” p. 13-27; “Desregulamentação ou flexibilização do Direito do Trabalho” p. 54).e o Direito do Trabalho no Brasil” p. 31-119).

_____. **Direito internacional do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **A globalização e a crise do direito do trabalho: limite à flexibilização**. In: Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário, v.3, nº 16, p. 14-41, jan./fev. de 2007.

_____. **As novas tendências do direito do trabalho**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região, Campinas, n. 36, p. 21-36, 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/41808/novas_tendencias_direito_nascimento.pdf?sequence=1>.

_____. **O trabalho nas ideias e na realidade**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região, Campinas, n. 32, p. 47-65, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21990/trabalho_>.



_____. **Princípios trabalhistas, novas profissões globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas.** Rio de Janeiro: Impetus, 2010 (“Flexibilização” p. 39-56).

URIARTE, Oscar Ermida apud PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Globalização, integração de mercados, repercussões sociais: perspectivas do direito do trabalho no Brasil.** Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/browse?value=Peduzzi%2C+Maria+Cristina+Irigoyen&type=author>>.

A Re-presentação testemunhal no processo do trabalho

Geovane de Assis Batista ¹

Resumo: o presente artigo tem por objeto a re-presentação testemunhal no processo trabalhista. Objetiva apontar os modos de sensibilidade da testemunha, enquanto pressupostos necessários para que o juiz possa verificar a priori se o depoimento acerca dos fatos articulados pelas partes reúne, ou não, condições de possibilidades para auxiliá-lo na busca da verdade real com vistas à efetivação da justiça.

Palavras-chave: Modos de sensibilidade. Re-presentação testemunhal. Verdade e mentiras. Agostinho, Rousseau e Kant.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. A arte do conhecimento. 2.1.1. Apresentação e representação. 2.1.2. O conhecimento sob o fluxo da mente e da memória. 2.2. Do conhecimento re-presentativo judicial. 2.3. Verdade e mentiras. 2.3.1 Erro de percepção 2.4. A estética transcendental kantiana e os modos de sensibilidade. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

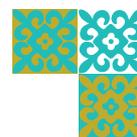
É de domínio público que as causas trabalhistas estão quase que invariavelmente implicadas com conflitos de interesses individuais resistidos relacionados a matérias predominantemente fáticas a desafiarem a produção da prova testemunhal.

Na esteira da técnica procedimental ou do princípio da oralidade que norteia a processualística trabalhista nos dissídios individuais, parece sempre tempestiva a prescrição do legislador consolidado acerca da necessidade de reclamante e reclamado comparecerem à audiência acompanhados das respectivas testemunhas para que sejam ouvidas depois do interrogatório. Sucede que, ao valer-se desse meio probatório, as testemunhas arroladas não dispõem, muitas vezes, de condições de possibilidade temporal e espacial para prestar informações seguras acerca das alegações fáticas articuladas na reclamatória e contestação.

O presente artigo se propõe a cuidar da figura da testemunha. Adverte-se de logo que dela não se ocupará sob a perspectiva procedimental e/ou processual regrada pela Consolidação das Leis do Trabalho ou Código de Processo Civil, porquanto intensiva e ostensivamente estudada, analisada e detalhada pela doutrina e jurisprudência pretorianas, mas, sim, sob o véu da gnosiologia e pragmática filosóficas.

Sob a primeira perspectiva, para que sejam trazidos à luz os *modos de sensibilidade* do homem, enquanto pressupostos existenciais necessários capazes de auxiliar o juiz a verificar se a testemunha arrolada para depor reúne ou não condições de possibilidades para iluminar a verdade real. Sob a segunda, para demonstrar a relevância da percepção

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



ou da significação do depoimento testemunhal na relação dos intérpretes (juízes, procuradores e advogados) com os signos (fatos ou atos) com vistas à formatação de uma justiça desenraizada da mentira e mais próxima da verdade.

Para tanto, e num primeiro passo, far-se-á uma rápida incursão sobre as teorias filosóficas do conhecimento, com ênfase nas noções de testemunha, testemunho e depoimento, apresentação e representação, conhecimento presentativo e representativo, verdade e mentiras, erro e percepção. Noutro passo, será trazido a lume um pouco da estética transcendental de Emanuel Kant acerca dos modos de sensibilidade do homem, enquanto aportes factíveis para verificação inicial das condições de possibilidade da testemunha arrolada para prestar informações em juízo sobre fatos, circunstâncias ou atos.

2. Desenvolvimento

2.1. A arte do conhecimento

O que é o conhecimento? É dado ao homem conhecer? Como conhece? De qual faculdade se vale para conhecer? Existe limite? Esses questionamentos não são novos. Há muito, curiosos e filósofos se espantaram e se encantaram com a arte do conhecimento, impulsionando, da tradição à contemporaneidade filosófica, toda uma investigação acerca da natureza, da origem e da validade do conhecimento. Nesse mister, em contraponto à metafísica que advogava a transcendência e as verdades eternas, duas correntes epistemológicas se destacaram e se revelaram importantes na busca acerca do conhecimento ou verdade. São elas: o empirismo e o racionalismo.

Para a primeira, o conhecimento humano é justificado pela *experiência sensível*. A experiência constituiria o único critério válido para se chegar ao conhecimento ou à verdade. Trata-se, portanto, o empirismo² ou da teoria epistemológica que considera como válido apenas o conhecimento obtido e fundamentado pela e na experiência, enquanto única fonte reveladora e justificadora do saber.

Os empiristas defendem que a realidade somente pode ser compreendida e alcançada pelo conhecimento sensível do mundo, por entenderem que o pensamento resulta unicamente da experiência sensível³. Para os simpatizantes dessa corrente, a *experiência sensível* seria mesmo capaz não só de unificar como também de se tornar o único critério ou limite intransponível de toda verdade ou saber humano, de tal sorte que a verdade emergiria somente da experiência sensível, cabendo à mente, como assevera David Hume, apenas *percepções* (impressões e ideias)⁴.

Em contraponto à concepção empirista ou fenomênica, segundo a qual a verdade seria fruto apenas da experiência sensível, surge, com Francis Bacon, René Descartes

² Do grego *empeiría* com o significado de *experiência*.

³ BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, p. 264, 2006.

⁴ FILHO, Ives Gandra Martins. **Manual esquemático de história da filosofia**. São Paulo: LTR, p. 169, 2004.

e outros filósofos, o *racionalismo*. Essa corrente gnosiológica se notabilizou pela opção *immanentista*, isto é: no lugar de admitir “a prevalência do real e a necessidade de submissão da mente humana aos seus ditames”, pretende construir todo “conhecimento pela faculdade da razão” como uma realidade necessariamente existente, afastando, com isso, a possibilidade do mistério, ou seja, de que haja realidades que superem a razão humana”.⁵

Com o empirismo e o racionalismo, o conhecimento já não se fundava nas verdades eternas, isto é, no conhecimento positivado pelo mundo suprassensível. O homem passou a ser a referência com esteio na experiência sensível e na razão. Embora embasadas em teses contrárias, a verdade é que ambas não eram contraditórias entre si. Relacionam-se entre si sob a órbita da antinomia.

Numa tentativa aglutinadora do pensamento das duas correntes, não com isolados registros, estudiosos da teoria do conhecimento atribuem a Immanuel Kant (1724-1804) a responsabilidade pela síntese entre o empirismo e o racionalismo por meio do emprego de uma filosofia crítica capaz de encontrar condições factíveis para o conhecimento humano acerca do mundo.

Kant escreveu que o ano de 1769 lhe trouxera “uma grande luz”. E essa grande luz consistiu no descerrar-se da perspectiva revolucionária, ou seja, daquela que ele chamaria “revolução copernicana”, que lhe permitiria tanto a superação do racionalismo como do empirismo, tanto do dogmatismo como do ceticismo, abrindo nova era para o filosofar. ⁶

Realmente, de acordo com Giovanni Reale, Kant descobriu que a natureza do conhecimento científico (a natureza do verdadeiro conhecimento) consiste em ser uma “*síntese a priori*”. Impulsionado por tal proposição, Kant continuou investigando o fundamento que poderia tornar factível essa “*síntese a priori*”.

Para consecução dessa empreitada, Kant elegeu os *juízos analíticos e sintéticos*. Os primeiros, para indicar quando o conhecimento é formulado a priori, ou seja, sem que se faça necessário recorrer-se à sensibilidade, ao mundo fenomênico, enfim, à experiência. Os segundos, para afirmar que a formulação do conhecimento tem como base a própria experiência.

Kant adverte que, considerados isoladamente os juízos analíticos e sintéticos, não há como conformar o *caráter universal e necessário* (apodítico), exatamente porque presente nos *analíticos*, e ausente nos *sintéticos*. Para Kant, conforme acentua Reale, a ciência só pode ter por base um terceiro tipo de juízos; de um *tertium genus* que, a um só tempo, una a *aprioridade* (a universalidade e a necessidade) à *fecundidade* (a *sinteticidade*, o encontro dos juízos analíticos e sintéticos). A partir dessa via, Kant passa a entender que os juízos constitutivos do conhecimento seriam os *juízos sintéticos a priori*.

⁵ Ibidem, p. 147.

⁶ REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. São Paulo: Paulus, p. 865, 2003.



Segundo o criticismo Kantiano, o fundamento dos *juízos sintéticos a priori* reside precisamente no próprio sujeito que sente e pensa; no sujeito com as leis da sua sensibilidade e do seu intelecto. Trata-se da *estética transcendental* kantiana, isto é, da doutrina do conhecimento sensível e de suas formas *a priori*. Trata-se, pois, de todo conhecimento que não guarda relação com objetos, mas sim com o modo de o homem conhecer os objetos, enquanto for possível *a priori*.⁷

Kant explica que as *formas da sensibilidade* ou da experiência não bastam em si mesmas para o homem conhecer, sendo mesmo a elas necessário relacioná-las com o entendimento (razão), enquanto faculdade capaz de levar a cabo a síntese apriorística, formando, com isso, os chamados *juízos sintéticos a priori*.

A partir desses pressupostos, Kant demonstra que o homem é dotado de *modos de sensibilidade* ou *categorias*⁸ que lhe oferecem condições de possibilidade para acessar a toda experiência. Mas para o filósofo de Königsberg, as categorias não podem prescindir do mundo sensível, isto é, da imensurável teia da experiência; enfim, do mundo fenomênico. Para ele, é a partir do mundo que se revela ao homem que se opera o conhecimento pela apresentação e/o representação das coisas fenomênicas.

2.1.1. Apresentação e representação

O conhecimento do mundo fenomênico pode ocorrer pela faculdade da *apresentação* ou da *representação*. Nicola Abbagnano diz que *apresentação* é o conhecimento empírico, imediato ou direto por meio da percepção ou intuição⁹. Segundo esclarece, esse termo foi introduzido por Spencer, a quem coube fazer a distinção entre *conhecimento presentativo* e *conhecimento representativo*.

Diz-se *presentativo* ou por *apresentação* o conhecimento obtido quando “o conteúdo de uma proposição é a relação entre os termos, ambos diretamente presentes, como, por exemplo, “quando machuco o dedo e estou simultaneamente ciente da dor e da sua localização”, de tal sorte que a percepção ou apreensão do fato, do ato ou do objeto (físico ou mental) da experiência pessoal se dá de modo imediato, certo e direto. Já no *conhecimento representativo* ou por *representação*¹⁰, a cognição do objeto dado à sensibilidade e à razão ocorre de forma mediata ou remota ou indireta acerca de um conhecimento anterior. É dizer, a percepção ou apreensão das coisas do mundo não se dá à primeira vista, imediatamente — como no conhecimento presentativo —, e sim por mediação de outro conhecimento que lhe antecede, de tal sorte que o conhecimento sobre o fato será sempre objeto de experiência alheia e anterior, trazida à luz pela mente ou memória. Sim, é pela mente ou memória ou lembrança que o homem *re-presenta* as coisas do mundo dos fenômenos.

⁷ Apud REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 872.

⁸ Diz-se de “conceitos puros do intelecto”.

⁹ REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 893.

¹⁰ Cf.: SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e como representação*. São Paulo: Unesp, 2005.

2.1.2. O conhecimento sob o fluxo da mente e da memória.

Por *mente*, entende-se um sistema organizado no ser humano referente ao conjunto de seus processos cognitivos e atividades psicológicas. Também, como parte incorporada, inteligente ou sensível do ser humano; espírito, pensamento, entendimento. Ou ainda: memória, lembrança. Diz-se, igualmente, da faculdade, ato ou modo de percepção ou compreensão de algo, ou de criar na imaginação.¹¹

Como um pintor que representa na tela a natureza viva; ou como um turista que representa, por meio do click da máquina fotográfica, o belo ponto turístico de uma cidade brasileira, o homem é capaz de reter na mente ou na memória tanto um fenômeno natural, como o “pôr do sol”, o movimento de um tornado, a correnteza de um rio, a erupção de um vulcão em erupção, as ondas de um tsunami; ou como um fenômeno artificial ou artefato humano, como a explosão nuclear em Hiroshima e Nagasaki.

Retido ou apreendido ou percebido ou representado o mundo fenomênico, é da faculdade da memória que a mente se vale para trazer para o presente das coisas presentes o fato ou ato ou acontecimento do passado. A mente guarda na memória a representação das coisas passadas ou experienciadas. É por meio da mente e da memória que o homem *atualiza* o passado. Logo, a *atualização* constitui a presentificação das coisas passadas por meio da memória localizada na mente.

Chego aos campos e vastos palácios da memória, onde estão tesouros de inumeráveis imagens trazidas por percepções de toda espécie... Ali repousa tudo o que a ela foi entregue, que o esquecimento ainda não absorveu nem sepultou.... Aí estão presentes o céu, a terra e o mar, com todos os pormenores que neles pude perceber pelos sentidos, exceto os que esqueci. É lá que me encontro a mim mesmo e recordo das ações que fiz, o seu tempo, lugar e até os sentimentos que me dominavam ao praticá-las. É lá que estão também todos os conhecimentos que recordo, aprendidos pela experiência própria ou pela crença no testemunho de outrem.¹²

Santo Agostinho (354-430) preconiza que o destino das coisas passadas é a memória. Na esteira do determinismo agostiniano, pode-se dizer que o objeto da memória é o passado. Realmente, Berti¹³ diz que “La memoria, por tanto, es cosa de lo ya ocurrido [...] es la facultade del alma que permite conocer el pasado”. Aliás, é Berti quem traz a lume a definição de Aristóteles, segundo a qual:

La memoria no es ni una sensación ni un juicio, sino un estado o *affeción* de uno de los dos cuando há pasado un tiempo. No hay memoria del ahora en

¹¹ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, p. 1895, 2001.

¹² CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo; Ática, p. 138, 2005.

¹³ BERTI, Enrico. **Ser y tiempo en Aristóteles** – 1ª edição. Buenos Aires: Biblos, p. 74, 2011.



un ahora [...], sino que de lo presente hay sensación, de lo venidero expectativa, y de lo ocurrido recuerdo.¹⁴

De aí concluir Fred Carlos Trevisan¹⁵ que, quando

[...] nos referimos às coisas passadas, referimo-nos a uma impressão deixada pelos acontecimentos que, ao passar pelos sentidos, imprimem na alma: “quando se refere aos acontecimentos verídicos já passados, a memória se refere não aos acontecimentos mesmos, que já ocorreram, mas sim às palavras concebidas pelas imagens daqueles fatos, os quais, ao passarem pelos sentidos, imprimem na alma uma espécie de vestígio”.

Para Marilena Chauí¹⁶, a memória é inseparável do sentimento do tempo ou da percepção/experiência do tempo como algo que escoo e passa: “É uma atualização do passado ou a presentificação do passado; e é também registro do presente para que permaneça como lembrança”. Seguindo Henri Bérghson, a filósofa diz existir três tipos de memória — a saber: a *memória-hábito*: a simples fixação mental obtida à força pela repetição da mesma coisa; a *memória pura* ou *memória propriamente dita*: aquela que não precisa da repetição para conservar uma lembrança:

Pelo contrário, é aquela que guarda alguma coisa, fato ou palavra únicos, que não podem ser repetidos, e que são mantidos por nós por seu significado especial, afetivo, valorativo ou de conhecimento. É por isso que guardamos na memória aquilo que possui maior significância ou maior impacto em nossa vida, mesmo que seja um momento fugaz. Curtíssimo e que jamais se repetiu ou se repetirá¹⁷.

Reporta-se ainda Marilena Chauí à *memória-fluxo-de-duração-pessoal*. Por ela, o homem guarda a lembrança de coisas, fatos, pessoas, lugares, cujo significado se revele importante para ele, seja do ponto de vista afetivo, ou dos seus conhecimentos:

Fala-se num “fluxo de duração” [o] processo temporal contínuo e interior [...] de nossa existência e [...] história pessoal. A memória não é um simples lembrar ou recordar, mas [...] uma das formas fundamentais de nossa existência, que é a relação com o tempo, e, no tempo, com aquilo que está invisível, ausente e distante, isto é, o passado. A memória [...] confere sentido ao passa-

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ TREVISAN, Fred Carlos. **A questão do Tempo em Agostinho**. OLHAR/CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS. – Ano 6, n. 10-1 (jan. - jul e ago-dez/2004). São Carlos: UFSCar, p. 89, 2004.

¹⁶ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**, p. 138-140.

¹⁷ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**, p. 141.

do como diferente do presente (mas fazendo ou podendo fazer parte dele) e do futuro (mas podendo permitir esperá-lo e compreendê-lo)¹⁸.

No *largo campo e nos vastos palácios da memória*, Santo Agostinho admite, nas Confissões, ter descoberto maravilhas “onde se encontram os inúmeros tesouros de imagens de todos os gêneros, trazidas pela *percepção* ou *re-presentatione*, onde é depositada toda a atividade da nossa mente, que aumenta, diminui ou transforma, de modos diversos, o que os sentidos atingiram, e também tudo o que foi guardado e ainda não foi absorvido e sepultado no esquecimento. Quando aí me encontro, diz o Santo, posso convocar as imagens que quero.

Algumas se apresentam imediatamente; outras fazem-se esperar por mais tempo e parecem ser arrancadas de repositórios mais recônditos. Irrumpem as outras em turbilhão no lugar daquela que procuro, pondo-se em evidência, como que a dizerem: “Não somos nós talvez o que procuras”? Afasto-as da memória com a mão do meu espírito; emerge então aquela que eu queria, surgindo das sombras. Outras sobrevivem dóceis em grupos ordenados, à medida que as conclamo, uma após outra, as primeiras cedendo lugar às seguintes, e desaparecendo para reaparecer quando quero. Eis o que sucede quando falo da memória.¹⁹

Santo Agostinho²⁰ sugere que a memória também é “espírito”, como soi ocorrer quando se recorda a alguém que grave algo na memória, diz: “*Vê lá! Grava-o no espírito!*”. E quando se esquece, exclama: “*Não conservei no espírito!*”; ou ainda: “*Fugiu-me do espírito!*”. É assim que se chama justamente a memória de espírito. Daí Agostinho se convencer de que, na memória, estão também os sentimentos da alma, de tal sorte que, no seu entendimento, o tempo seria uma distensão ou extensão da alma.

Não se pode perder de vista que a *memória do passado* e a *antecipação do futuro*, que, segundo Agostinho, estariam ligadas ao presente, é o que o Henri Bérghson, segundo Ives Gandra Martins Filho²¹, vai cunhar de *consciência*; consciência, porque coloca o “*eu*” como a “*unidade no devir*”, como o “*tempo da consciência*”, ou, de outra forma, como a “*duração*”. É dizer: o *presente das coisas passadas*, o *presente das coisas presentes* e o *presente das coisas futuras* (a *duração vivida*, portanto) somente seria captado através da *intuição*.

Henri Bérghson acredita não haver estado de alma, por mais simples que seja, que não mude a cada instante, por entender que *não* há consciência sem memória; por entender que não há condição de um estado sem adição, ao sentimento presente, da lembrança de momentos passados. Para Bérghson, é nisto que consiste a duração. Logo, a duração interior é a vida contínua de uma memória que prolonga o passado no presente, seja porque

¹⁸ Ibidem, p. 142.

¹⁹ AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. São Paulo: Paulus, Livro X, 8, p. 274, 2004.

²⁰ Ibidem, Livro X, 21, p. 280-281.

²¹ Ibidem, p. 322-325.



o presente encerra distintamente a imagem incessante crescente do passado; seja, mais ainda, porque testemunha carga sempre mais pesada que o homem arrasta atrás de si à medida que envelhece. Sem esta sobrevivência do passado no presente, acrescenta, não haveria duração, mas somente instantaneidade.

Nesse contexto, *re-presentar* (com hífen mesmo!) é, pois, *presentar* ou *presentificar* o passado (estado dos fatos ou atos experienciados e conhecidos pela mente ou consciência), mediante o recurso da memória. É como se existissem dois presentes: um substanciado no *presente das coisas presentes* (quando a testemunha conhece ou presencia o momento da agressão física sofrida pelo Reclamante); e outro, no *presente das coisas passadas* (quando, em audiência, a testemunha narra ao juiz como ocorrera a agressão mencionada pelas partes). Em suma: no *presente das coisas presentes*, tem-se a *apresentação* ou *conhecimento presentativo* ou *apresentação*; e no *presente das coisas passadas*, a *re-apresentação* ou *conhecimento representativo*. Nessa pragmática, não é forçoso perceber a lógica de a *apresentação* sempre preceder a *re-apresentação*. Dito de outro modo: o conhecimento presentativo precede o conhecimento re-presentativo.

2.2. Do conhecimento re-presentativo judicial

Já se viu que o homem é capaz de *conhecimento presentativo* e *conhecimento re-presentativo*. O juiz é homem; logo, goza da potencialidade sensível e intelectual de conhecer a verdade. Mas seu campo investigativo cognitivo tem um *locus* específico: o mundo dos autos. É nele que reside a *re-apresentação* fática carreada pelas partes litigantes.

O mundo dos autos é — nada mais, nada menos — o mundo do *Processo de Conhecimento*. Moacyr Amaral Santos ensina que o *Processo de Conhecimento* se desenvolve entre dois termos: a petição inicial e a sentença. Nessa fase processual, explica o saudoso processualista, são realizados numerosos atos das partes com vistas à tutela jurisdicional: atos consistentes em afirmações de fatos, de normas jurídicas; pedidos e produção de provas²².

Na esteira da produção das provas relacionadas às alegações fáticas (constitutivas, modificativas, impeditivas ou extintivas do direito alegado) com vistas ao conhecimento da verdade pelo juiz, as partes podem se valer de vários meios em Direito admitidos. Dentre esses meios, importa ao presente artigo o alusivo à prova testemunhal, isto é, a que se dá por meio de depoimento ou *testemunho*. De fato, para provar o alegado em juízo, os litigantes se valem do recurso à experiência alheia ou às asserções alheias (testemunhos) como método de prova para as proposições que expressam fatos²³.

Aristóteles já observara que é possível referir-se “a questões de fato ou a questões de caráter pessoal”, que também são questões de fato. Acrescenta²⁴ que o valor do testemunho nesse sentido é reconhecido pela *Lógica* de Port- Royal:

²² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, p. 276, 1985.

²³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo. Martins Fontes, p. 958, 2003.

²⁴ *Ibidem*.

Para julgar da verdade de um conhecimento e decidir-se a crer ou a não crer nele, não é preciso considerá-lo em si, como se faria com uma proposição de geometria, mas é preciso considerar todas as circunstâncias que o acompanham, *internas* ou *externas*. Denomino *internas* as circunstâncias que pertencem ao fato em si, e *externas* as que dizem respeito às pessoas por meio de cujo testemunho somos levados a crer nele.

Nesse sentido, compreende-se por *testemunho* ou *depoimento* ou *afirmação* ou *declaração*, a prova que se faz por meio de testemunha acerca de um fato ou ato. Para Moacir Amaral, testemunha é a pessoa distinta dos sujeitos processuais que, convocada na forma da lei, por ter conhecimento do fato litigioso ou ato controvertido entre as partes, depõe sobre este em juízo, para atestar sua existência.²⁵ Sem embargo, o saudoso processualista prefere a definição de testemunha formulada por João Monteiro, que ele diz já repetida por Fraga e Jorge Americano: “*Testemunha é a pessoa capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso*”²⁶.

Sobre o fato litigioso o juiz carece de conhecimento empírico. A cognoscibilidade fática não é direta ou imediata, mas, ao contrário, remota ou mediatizada, já que carece da mediação cognitiva de terceiros para desocultar a verdade entranhada em um dos litigantes.

No processo de conhecimento, salvo no caso de inspeção judicial, o juiz não tem conhecimento *presentativo*, mas o meramente *re-presentativo*. Elementar: o juiz não conhece dos fatos, mas das alegações fáticas deduzidas pelo reclamante e reclamado e esclarecidas pelo depoimento testemunhal. Com efeito, numa demanda trabalhista persecutória de indenização por danos estéticos (cicatrização queloidiana²⁷), ao repousar a vista sobre o rosto do Reclamante que adentra a sala de audiências, o juiz de logo tomará conhecimento da marca facial resultante do dano físico. Nesse caso, diz-se que o conhecimento da cicatriz do Reclamante é *presentativo*, já que se opera no exato momento em que mantém contato com o Reclamante; portanto, no presente das coisas presentes.

Mas ainda que conheça da cicatriz, o juiz não dispõe do conhecimento *presentativo* das razões fáticas que a motivaram; não sabe o “como”, “onde” ou “por quem” ou “por quê” os fatos aconteceram. De tal sorte que, sem embargo da narrativa das partes, é da testemunha, isto é, da portadora do *conhecimento presentativo* que ele se servirá para escutar a verdade real. E porque ao informá-lo, a testemunha já não se encontra mais diante do fato, ela somente o trará à luz por meio da memória, da lembrança, enfim, da representação.

Diz-se *representativo* o conhecimento da testemunha porque a agressão sofrida pelo Reclamante não mais subsiste senão em sua mente ou memória. E o juiz, porque não presenciara o fato — carecedor, portanto, do *conhecimento presentativo* —, somente passará a dele tomar conhecimento exatamente por meio da *re-presentação testemunhal*. De tal modo que é pela *re-presentação testemunhal* que se dá ao juiz a *presentificação* das coisas

²⁵ Ibidem, p. 239.

²⁶ Ibidem, p. 241.

²⁷ Diz-se de uma de uma cicatriz grossa, endurecida, avermelhada, e em alto relevo, e que geralmente provoca muita coceira e dor. Consulte-se: efisio.blogspot.com.br



passadas; é pela *re-presentação testemunhal* que o passado volve ao presente. É, pois, pela re-presentação que testemunha e juiz vivem, no presente (durante a audiência de oitiva de testemunha), as coisas passadas. A diferença é que, enquanto a testemunha goza do privilégio dos dois conhecimentos (*presentativo* e *re-presentativo*), o juiz goza apenas deste último.

Não sem muito esforço filosófico, o *conhecimento re-presentativo testemunhal* pode ser significado, da perspectiva de que julga, como objeto de *conhecimento presentativo judicial*. Explica-se: como o juiz não tem a percepção dos fatos, a *re-presentação testemunhal* passa a constituir para ele, depois da narrativa das partes, um conhecimento, por assim dizer, primacial. Os fatos estariam para testemunha, assim como *re-presentação testemunhal*, para o juiz.

Nessa semiótica, a lógica parece autorizar a intelecção de que, assim como o conhecimento do fato pela testemunha significa conhecimento presentativo, o conhecimento da representação testemunhal pelo juiz significaria também conhecimento presentativo, porque, em um e em outro conhecimentos, a pedra de toque distintiva é o modo como se dá o primeiro contato com o objeto de cognição testemunhal e judicial. Nessa significação, o juiz presentifica o conhecimento fático por meio das declarações ou proposições testemunhais, de tal sorte que a *re-presentação testemunhal* constituiria a *presentação* ou, por assim dizer, o *conhecimento presentativo judicial*.

A inflexão assim posta não parece disfrutar de razoabilidade, na medida em que o chamado *conhecimento presentativo judicial* encontra agasalho na pragmática²⁸ filosófica contemporânea, acerca da investigação cujo objeto de estudo é a relação dos signos com os intérpretes. É na esteira dessa pragmática é que se pode dizer que as proposições afirmativas ou negativas constantes do depoimento testemunhal passam a constituir o *conhecimento presentativo judicial*. É dizer, a testemunha conhece diretamente dos fatos e o juiz, diretamente das proposições sobre os fatos, de tal modo que ambos gozam do conhecimento presentativo, sendo que o conhecimento do juiz sobre os fatos seria sempre²⁹ um *conhecimento re-presentativo*, precisamente por não prescindir da *re-presentação testemunhal*.

Em *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro* (1886) bem como na *Genealogia da moral: uma polêmica* (1887), Friedrich Nietzsche (1844-1900) diz que o conhecimento é fruto da vontade de poder, vontade essa que aspira interpretar. Mas para esse filósofo “humano demasiado humano”, o que essa vontade interpreta não é a realidade ou a totalidade fática, mas, sim, parte da realidade que se apresenta. O que significa dizer que a parte representada não passa de uma interpretação ou perspectiva da realidade. Daí seu duro perspectivismo: não há fatos, mas tão somente interpretações; onde os homens veem fato, Nietzsche vê interpretações dos fatos.

²⁸ A “pragmática”, a “sintaxe” e a “semântica” são partes constitutivas da “semiótica” (estudo geral dos sistemas simbólicos, como a linguagem). A “pragmática” é a parte da teoria semiótica que cuida das relações entre os locutores ou intérpretes e os signos (símbolo, sintoma, vestígio ou aviso) que eles usam para representar as coisas ausentes. (Cf.: BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**; tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p 307, 1997).

²⁹ Já se fez registrar alhures a exceção para os casos de inspeção judicial.

Seja pelo senso comum ou pelo viés nietzschiano, parece certo concluir que o juiz não vê os fatos, mas apenas os interpreta a partir da representação ou percepção fenomênica testemunhal. E posto que o conhecimento se dá por via da re-representação testemunhal, a interpretação judicial não passaria de uma *re-representação da re-representação*.

Numa visada platônica, é como se *re-representação testemunhal* significasse uma fotografia ou cópia mental do fato; e a representação ou interpretação judicial, um simulacro, isto é: cópia da cópia, ou *re-representação da re-representação*; ou, numa linguagem nietzschiana, *interpretação da interpretação*. De tal sorte que, no caso da prova testemunhal, o juiz não apresenta nem representa o fato ou ato: representa a representação da testemunha; ou, por assim dizer, interpreta a interpretação testemunhal.

Note-se que, se a *re-representação judicial da re-representação testemunhal* se encontrar pavimentada com o amálgama da verdade (subsunção coerente, necessária e universal dos fatos à declaração da testemunha), a sentença nela transitada não fará outra coisa senão realizar a causa final esperada: justiça — pois que exarada em conformidade com a realidade representada pela testemunha.

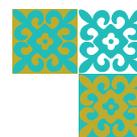
Mas, não obstante, pode acontecer, e não raramente, de a sentença representar uma mentira engendrada pela *re-representação testemunhal* contaminada pelo vício do falso testemunho, consistente em fazer afirmação falsa ou negar ou calar a verdade em processo judicial. Nessa hipótese, a representação ou interpretação judicial consubstanciada na sentença também não passaria de uma declaração mentirosa; de uma não justiça, já que daria a alguém a proporção que não lhe cabia, e que de outro modo não lhe caberia se a *re-representação testemunhal* estivesse em sintonia com a realidade.

Verifica-se, assim, que, em uma e outra representações judiciais, a sentença poderá conforma-se com a verdade real ou com a verdade formal. E quando um e outro fenômenos ocorrem, não se trata de determinismo judicial, já que, por mais experiência e acuidade técnico-profissional que um juiz possa ter, certamente não passará ao largo da fortuna de uma *re-representação testemunhal* em desconformidade com a realidade. Afinal, não é da propriedade do juiz a chave da verdade ou da mentira, mas dos litigantes e da testemunha — sobremaneira desta, porque de cujos depoimentos se valerá o juiz para captar a verdade e resolver os conflitos de interesses resistidos, declarando a proporção de cada litigante.

Posto que, muita vez, não consiga representar o fato ou ato tal qual ocorrera — seja por força da falibilidade humana (má interpretação ou deformação na percepção dos fatos por ela experienciados); ou por vontade própria (por dolo, ou torpeza ou por animação de outros vícios morais e sociais) para beneficiar ou prejudicar uma das partes em troca de vantagem numerária³⁰; ou ainda por injunção ou instigação ou maquinação da parte que a arrola³¹ —, do ponto de vista religioso, ético ou moral e legal, a testemunha tem sempre

³⁰ Eis por que o meio probatório testemunhal é conhecido como “*prostituta das provas*”, já que negocia, comunica, vende ou prostitui a verdade em troca de algo.

³¹ E quando assim consente, a testemunha não pode justificar a mentira responsabilizando a parte que a instruiu. Fazê-lo é incorrer, por assim dizer, “*má-fé*” sartriana, já que o único responsável pela escolha entre falar ou falsear a verdade perante o juiz.



o dever categórico de dizer a verdade. A verdade se apresenta à testemunha como um imperativo incondicional a ser observado em seu depoimento.

2.3. Verdade e mentiras

De acordo com a filosofia moral de Jean-Jacques Rousseau (1712-1289), a *verdade* geral e abstrata é o mais precioso de todos os bens. Sem ela, sentencia, o homem é cego. A verdade é o olho da razão. É através dela, aduz o genebrino, que o homem aprende a se portar, a ser o que deve ser, a fazer o que deve fazer, a rumar para o seu verdadeiro fim.³²

Sucedo que, malgrado a necessitação da verdade e a existência incomensurável de normas morais, religiosas e legais contrárias ao vício da mentira, o homem é um ser de paixões positivas e negativas; e quando tonalizado pelas primeiras por meio de máximas universalizadas, serve à verdade; mas quando sob “*a mancha podre da natureza humana*”³³, enfim, sob a pulsão negativa da mentira, silencia ou falseia a verdade.

Na linguagem corrente, mentir é dizer ou afirmar ser verdadeiro aquilo que se sabe falso; ou dar informação falsa (a alguém) a fim de induzir ao erro; ou dissimular a verdade, enganar, iludir; ou não revelar ou esconder ou ocultar a verdade; ou deixar de ser legítimo ou verdadeiro³⁴. Mentir, vale a redundância, é contar mentira. E mentira é enganar, ludibriar, maquinar ou falsear a verdade.

Na obra autobiográfica *Os devaneios do caminhante solitário*, Rousseau lembra de ter lido em um livro de filosofia que *mentir é esconder uma verdade que se deve revelar*.³⁵ Já no *Emílio ou da educação*, diz haver dois tipos de mentira: uma *de fato* e outra, *de direito*. No seu dizer, a *mentira de fato* diz respeito ao passado: acontece quando se nega ter feito o que o que se fez; ou quando se afirma ter feito o que não se fez; e, em geral, quando se fala conscientemente contra a verdade das coisas. Já a *mentira de direito* é aquela relacionada ao futuro: ocorre quando se promete o que não se planeja cumprir; e, em geral, quando se mostra uma intenção contrária à que se tem.

Rousseau advoga haver situações em que as mentiras de fato e de direito podem se reunir em uma só, quando, por exemplo, “[...] o acusado de uma má ação, o culpado se defende dizendo ser um homem de bem. Ele mente, então, de fato e de direito”³⁶. Seria o caso, também, daquela testemunha que, antes do deferimento do compromisso, promete dizer a verdade e, no depoimento, na esteira de uma promessa graciosa e desenraizada de compromisso moral, mente descaradamente sobre os fatos ardilosamente representados;

³² ROUSSEAU, J.-J. *Os devaneios do caminhante solitário*; tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre, RS: L & PM, p. 46, 2009.

³³ Kant *apud* LOPARIC, Zeljko. *Kant e o pretenso direito de mentir*. In: *Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau*. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 78, 2005.

³⁴ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 189.

³⁵ ROUSSEAU, J.-J. *Os devaneios do caminhante solitário*, p. 45.

³⁶ ROUSSEAU, J.-J. *Emílio ou da educação*. São Paulo: Martins Fontes, p. 110, 2004.

mente de direito, quando promete ao juiz dizer a verdade; e de fato, quando, conscientemente, fala contra a verdade dos fatos.

Para o filósofo de Genebra, a “mentira de fato não é natural”³⁷; tampouco o é a de direito, já que as promessas de fazer ou de se abster são atos convencionais que não pertencem ao estado de natureza e derrogam a liberdade. O genebrino acredita que o homem passou a mentir somente quando, abandonando o estado de natureza, ingressara no estado civil. Isso porque, para Rousseau, é a sociedade que corrompe o homem, apresentando-lhe o vício da mentira, e que dela conscientemente se vale para confrontar a verdade, falseando-a.

Fernando Rey Puente³⁸ ressalta que, a fim de definir a mentira, Santo Agostinho diz ser necessário saber o que se passa na mente do mentiroso, já que o mentiroso “[...] *deve ser julgado pela intenção (sententia) de sua mente, e não pela verdade ou falsidade do que diz*”. Mente, continua, aquele que, tendo algo no espírito, expressa verbalmente algo distinto disso. Seguindo o Santo de Hipona, sintetiza que “é a intenção que decide o caráter falacioso ou não de um enunciado”³⁹. Ainda segundo Fernando, Agostinho diferencia oito tipos de mentira — a saber:

[...] a mentira relativa à doutrina religiosa [...]; a que prejudica alguém, sem favorecer a ninguém; a que favorece alguém, mas prejudica uma outra pessoa; a que é cometida pelo puro prazer de mentir e enganar (é a mentira propriamente dita); a que se comete por querer agradar em uma conversação; a que ajuda alguém sem prejudicar ninguém [...]; a que, sem prejudicar ninguém, favorece alguém [...]; e por fim, a que, sem prejudicar ninguém, presta serviço a uma outra pessoa ao preservá-la de um atentado impuro contra seu corpo.⁴⁰

Na *Metafísica dos costumes*, Kant diz que a mentira é a “maior violação do dever do homem para consigo mesmo, considerado meramente enquanto ser moral”.⁴¹

[...] na ética, toda inverdade proposital na expressão de seus pensamentos não pode recusar esse duro nome (o qual na doutrina do direito só lhe é aplicado se violar o direito de outrem), já que a ética não deduz nenhuma autorização a partir da ausência de danos.⁴²

³⁷ Ibidem

³⁸ PUENTE, Fernando Rey. **Confissões: a verdade e as mentiras; notas para um confronto entre Agostinho e Rousseau. In: Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau.** Org.: José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 69, 2005

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, p. 69-70.

⁴¹ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes.** Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, p. 241, 2013.

⁴² Ibidem.



Segundo a metafísica kantiana, a mentira pode ser externa (*mendacium externum*) ou também interna. Com a primeira, explica, “o mentiroso faz de si mesmo um objeto de desprezo moral aos olhos de outrem”, já que, com esta (a mais grave), “faz de si mesmo objeto de desprezo moral aos seus próprios olhos e viola a dignidade da humanidade em sua pessoa”. É, por assim dizer, “aniquilação da dignidade humana”; a “recusa à personalidade”; um “crime do homem contra sua própria pessoa”. Trata-se, continua, de uma “contradição o ato de o homem enganar a si mesmo propositalmente”⁴³. Nessa perspectiva kantiana, seria o caso da re-presentação testemunhal eivada de mentiras agitadas pela intenção e vontade espiritual de mentir em juízo.

Sem embargo, não seria irrazoável afirmar que, muita vez, a *re-presentação testemunhal* passa ao largo verdade sem o fluxo da mentira, mas, sim, por um *erro de percepção*. Esse fenômeno significativo pode ter sede tanto na testemunha, quando representa erroneamente o fato, como no juiz, quando, na interpretação da representação fática testemunhal, ou na interpretação da lei; e quando a sentença se encontra fundamentada numa *re-presentação testemunhal* afetada pelo *erro de percepção*, isso não significa dizer que testemunha e juiz mentiram acerca dos fatos. Realmente, posto colidentes com a verdade real, a mentira e o erro de percepção não são redutíveis entre si; não se confundem. São apenas modo de escamotear a verdade, com a diferença de que, no erro de percepção, o agente não tem intenção de fazê-lo, apenas incorre em má intuição, percepção, apreciação, re-presentação ou interpretação dos fatos.

2.3.1. Erro de percepção

Cunha Gonçalves ensina que *erro* é juízo incorreto acerca de uma coisa, de um fato ou de uma pessoa, derivado da ignorância ou do imperfeito conhecimento da realidade das circunstâncias concretas ou dos princípios jurídicos aplicáveis.⁴⁴ Para Galdino Siqueira, o erro seria a falsa noção sobre um objeto, ou melhor, a não conformidade entre a *re-presentação* e a realidade.⁴⁵ Nessa mesma linha, Antonio Houaiss diz que o *erro* ocorre quando o juízo ou julgamento é realizado em desacordo com a realidade observada. O *erro* seria um engano ou qualidade daquilo que inexato, incorreto ou irregular⁴⁶.

Aristóteles assevera que “O erro é a negação do que é ou a afirmação do que não é.”⁴⁷ Assim também erram, acrescenta Santo Agostinho, quando acham que o sol está próximo, porque são ativados pela ação do sol, mas ignoram sua distância real.⁴⁸ Parecendo seguir a fenomenologia do Santo de Hipona, Kant assevera que um juízo errôneo é o que confunde a aparência da verdade com a verdade, isto é, a aparência da realidade com a própria realidade. Kant acredita que o homem não tem como evitar a influência oculta da sensibilidade

⁴³ Ibidem, p. 242.

⁴⁴ Apud NAÚFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. São Paulo: Parma, p. 517-518, 1984.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, p.1190.

⁴⁷ Apud ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 341.

⁴⁸ Ibidem, p. 343.

sobre o intelecto,⁴⁹ de tal sorte que, ao perceber as coisas que se lhe apresentam, pode incorrer em erro de percepção.

Nesse contexto, o erro é fruto da percepção. Diz-se *percepção* a faculdade ou ato ou o efeito de perceber ou apreender por meio do sentido ou da mente; diz-se igualmente, da função mental de representação de objetos; ou, também, da operação ou representação intelectual instantânea, aguda, intuitiva⁵⁰. Esse também é o ponto de vista dos estoicos, segundo o qual a percepção expressaria “o ato cognitivo objetivo, que apreende ou manifesta um objeto real determinado (físico ou mental)”⁵¹, de tal modo que a percepção constituiria o conhecimento empírico, imediato, certo e exaustivo do objeto. Nesse sentido mais restrito, *percepção* é *apresentação* ou *conhecimento presentativo*. Em sentido mais largo, seria a *re-apresentação* ou *conhecimento re-presentativo* do objeto (fato ou ato ou circunstâncias) apreendido pelas faculdades mentais.

Conforme a síntese de Abbagnano acerca dos vários sentidos atribuídos, a *percepção* não seria o conhecimento exaustivo e total do objeto, mas uma interpretação provisória e incompleta, fundamentada em indícios ou sinalização. Acresce que a *percepção* não implica garantia de validade, nem certeza; ao contrário: mantém-se na esfera do provável, de tal sorte que precisa ser submetida à prova, sendo então confirmada ou rejeitada. Por fim, a *percepção* não seria um conhecimento perfeito e imutável, e, por isso, possui a característica da corrigibilidade.

Ao presenciar o fato, objeto de investigação judicial, a testemunha pode ter incorrido em *erro de percepção* de tal modo que seu depoimento em juízo não pode ser considerado uma mentira, já que, ao incorrer em *erro de percepção* ou de *re-apresentação*, não se valera de *animus* volitivo para falsear a verdade. Para Santo Agostinho, conforme os estudos de Fernando Rey Puente, é a partir da concordância ou não do que é expresso mental e verbalmente que se depreende a mentira, pois “*quem expressa o que crê ou opina interiormente, ainda que isso seja falso, não mente*”⁵².

Ao contrário, ao depor conforme a *re-apresentação* ou *percepção errônea*, significa apenas que se equivocara quanto à realidade que se lhe apresentara. A realidade por ele imaginada não passara de uma aparência. A propósito, uma testemunha romântica incorreria em *erro de percepção* ao declarar que presenciara o “pôr do sol”, já que, conforme a teoria heliocêntrica, o sol não se põe já que posto: cabendo à terra cotejá-lo com seus movimentos orbitais de rotação e translação. Já na seara trabalhista, uma testemunha incorreria em *erro de percepção* ao declarar em juízo, por exemplo, que o Reclamante se valera de uma arma de fogo (revolver) quando sabidamente pela perícia que era de brinquedo.

Registre-se, por oportuno, que, no modo de perceber os fatos e os fundamentos jurídicos, o juiz pode incorrer em *erro de percepção* ou *erro de fato* (*error facti*), consistente no engano sobre uma circunstância material, ou em falsa noção dos fatos ou das condições em que se aplica a regra de direito, quando, por exemplo, toma por autoridade pessoa que

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, p. 2183.

⁵¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 753.

⁵² PUENTE, Fernando Rey. **Confissões: a verdade e as mentiras; notas para um confronto entre Agostinho e Rousseau**, p. 69.



não é⁵³; Pode, também, incorrer em *erro de direito* (*error juris*), consistente numa falsa opinião ou conceito sobre aquilo que está contido na norma jurídica. Em uma e outra hipóteses, diz-se que o juiz incorreu em *error in iudicando*, isto é, incorreu em má apreciação dos fatos ou das provas⁵⁴ ou do direito positivado.

E porque a representação não é um conhecimento perfeito, a percepção errônea emergente de uma testemunha ou de um juiz pode e deve perfeitamente ser corrigida pelo tribunal. O que se condena, aqui, não é o *erro de percepção*, malgrado possa levar o julgador a não fazer a justiça proporcional, e sim o absurdo da pretensa primazia da falsa *re-presentação testemunhal* radicada da mentira consciente e falseadora da verdade, com manifesto prejuízo à moralidade e à justiça.

Mas o presente artigo não tem a intenção de erradicar os *erros de percepção*, tampouco a *mentira*. Seria uma absurdidade se assim pretendesse, já que, antes, teria que erradicar o homem, que, malgrado portador de virtudes inatas (bondade, piedade, amor de si, consciência), é nele que o vício da mentira encontra agasalho; é nele que, apesar de senhor possuidor das faculdades sensitivas e intelectuais, repousa a falibilidade humana involuntária (*erros de percepção*) e voluntária (a *mentira*).

Ora, posto que o homem se encontra implicado com vícios sociais radicados e fomentados pelo *amor próprio*⁵⁵, o desejo é apenas o de apresentar alguns preservativos contrários ao incremento de depoimentos testemunhais contaminados pelo vício da mentira; subsídios ou aportes teóricos que, bem compreendidos e apreendidos, em muito colaborarão para tornar o processo de conhecimento um celeiro de *re-presentações testemunhais e judiciais* mais consentâneas com a verdade e a justiça. Eis a utopia.

Na esteira dessa utopia, cumpre então recordar que, nos termos da chamada *Lei Buzaid*⁵⁶, o juiz é o destinatário da prova testemunhal, cabendo-lhe interrogar ou inquirir a testemunha sobre os fatos articulados na causa, com vistas a esclarecer ou completar os depoimentos; recordar, igualmente, que a matéria de inquirição testemunhal se circunscreve aos fatos ou circunstâncias susceptíveis de conhecimento sensível da testemunha⁵⁷, porque é ela a pessoa física dotada de *sentidos e razão* capazes de habilitá-la à captação de fatos e à transmissão em sua projeção jurídica⁵⁸.

⁵³ NAÚFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, p 519.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ De acordo com Jean-Jacques Rousseau, se, no estado de natureza, o homem nasce livre e vive sob o condão do *amor de si*, ao ingressar no estágio civil, passa a conhecer e a coexistir com outra paixão: o *amor próprio* — amor esse que não se confunde com o amor de si (amor voltado para defesa e autopreservação de si ou de outrem). No *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Rousseau evidencia a impossibilidade de confusão entre essas duas espécies de amor, porque distintos entre si e em seus efeitos. Explica o genebrino que o amor de si mesmo é um sentimento natural que leva todo e qualquer animal a cuidar de sua própria preservação e que, guiado no homem pela razão e modificado pela compaixão, cria humanidade e virtude.

⁵⁶ Lei n. 5. 869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973 – Art. 416).

⁵⁷ SANTOS, Moacir Amaral. **Comentários ao Código de Processo civil**, Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 19373, vol. IV: arts 332-475. Rio de Janeiro: Forense, p. 298-299, 1988.

⁵⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. São Paulo: LTr, p. 413, 2001.

Nessa mirada, mister que a testemunha tenha conhecimento (direto⁵⁹ ou indireto⁶⁰) ou captação dos fatos da lide. Sem ele, ela se descaracteriza, ante sua inutilidade ao processo. De sorte que a validade do seu depoimento acerca dos fatos constitui a chamada “credibilidade histórica”. E para avaliar essa credibilidade, Hamilton⁶¹ diz ser preciso inicialmente considerar a “fidedignidade do testemunho”, isto é, a sinceridade e competência da testemunha; é preciso, acresce, considerar também a “probabilidade objetiva” do fato, isto é, a possibilidade absoluta e relativa do próprio fato.

Na perspectiva do presente estudo, a *estética transcendental kantiana* (doutrina do conhecimento sensível e de suas formas *a priori*) também poderia concorrer como aporte axiológico positivo para verificação e validação inicial da “credibilidade histórica” da *re-presentação testemunhal*.

2.4. A estética transcendental kantiana e os modos de sensibilidade

De acordo com os estudos de Giovanni Reale e Dario Antiseri, Kant define o termo *transcendental* como sendo “[...] todo conhecimento que não se relaciona com objetos, mas sim com o *nosso modo de conhecer os objetos*, enquanto for possível *a priori*.”⁶². Aduzem os comentaristas que os “*modos de conhecer a priori do sujeito*” são a sensibilidade e o intelecto. Nessa linha, *transcendentais* seriam os *modos da sensibilidade do intelecto*. Esses *modos* são *estruturas a priori*, porque próprias ao sujeito e não ao objeto. Nesse contexto, concluem, “transcendental” é *aquilo que o Sujeito põe nas coisas no ato mesmo de conhecê-las*.

Na linha da doutrina do conhecimento sensível e de suas *formas a priori* na perspectiva kantiana, tem-se que, o homem conhece pelos sentidos e pelo intelecto. O que significa dizer que os objetos são “dados” ao homem pelos sentidos, e pensados pelo intelecto.⁶³ Conforme Reale e Antiseri, a doutrina do sentido e da sensibilidade, Kant chama de “estética”, não no sentido hoje usual do termo, mas no seu significado etimológico, em grego, *aísthesis*, de “sensação” e “percepção sensorial”. Tem-se, por conseguinte que a “estética transcendental” é a doutrina que estuda *estruturas da sensibilidade*, ou seja, os modos como o homem recebe as sensações e como se forma o conhecimento sensível⁶⁴.

A “sensação” é pura modificação ou impressão que o sujeito recebe (passivamente) pela ação do objeto (como, por exemplo, quando sentimos calor ou frio, vemos vermelho ou verde, provamos doce ou amargo [...]). A “sensibilidade”

⁵⁹ De testemunhas *oculares, ou de vista, ou de visu* (“*testis oculatus*”): *daquelas que assistiram ao fato sobre o qual vão depor*. (NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**, p. 834).

⁶⁰ De testemunhas *auriculares, ou por ouvir dizer, ou de ouvida alheia*: *aquelas que sabem do fato por lhes ter sido narrado por outrem*. (Ibidem).

⁶¹ Apud ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 958.

⁶² REALE & ANTISERI. **História da Filosofia**, p. 873.

⁶³ Ibidem, p. 872

⁶⁴ Idem.



é a faculdade que temos de receber as sensações, ou seja, a faculdade através da qual somos suscetíveis de sermos modificados pelos objetos. O objeto da intuição sensível chama-se “fenômeno”, que significa (do grego phainómenon) “aparicação” ou “manifestação” [...] No conhecimento sensorial, não captamos o objeto como é em si mesmo, mas, precisamente, tal como “aparece” para nós [...]. A “intuição” é o conhecimento imediato dos objetos. As “intuições puras” ou “formas” da sensibilidade são somente duas: o espaço e o tempo.⁶⁵

Explicando a estética kantiana, Reale e Antiseri defendem que as “**intuições puras**” ou “**formas da sensibilidade**” (espaço e o tempo) são *modos e funções próprios do Sujeito*, “*formas puras da intuição sensível como princípios do conhecimento*”. Por essa razão, entendem ser evidente que o homem não deve sair de si mesmo para conhecer as “formas” sensíveis dos fenômenos (espaço e tempo), porque já as possui nele mesmo “*a priori*”.

Para Kant, explicam, o *espaço* é a forma (o modo de funcionamento) do sentido externo, ou seja, a condição à qual deve satisfazer a representação sensível de objetos externos; já o *tempo é a forma* (o modo de funcionamento) do sentido interno (e, portanto, a forma de todo dado sensível interno enquanto por nós conhecido). Nessa medida, concluem com Kant que *o espaço abarca todas as coisas que podem aparecer exteriormente*⁶⁶, e *o tempo abarca todas as coisas que podem aparecer interiormente*⁶⁷. De modo que o homem só capta as coisas como *espacial e temporalmente determinadas* porque tem uma sensibilidade assim configurada.

Para Kant, o *espaço* é:

[...] uma representação necessária *a priori*, que subjaz [serve de fundamento para todas] as intuições externas. Jamais é possível fazer-se uma representação de que não haja espaço algum [nunca se pode formar a representação da inexistência do espaço], ainda que se possa perfeitamente pensar que não se encontre objeto algum nele. Ele [o espaço] é, portanto, considerado a condição de possibilidade dos fenômenos, e não como uma determinação dependente destes; é uma representação *a priori* que está necessariamente no fundamento dos fenômenos externos.⁶⁸

No que tange ao segundo *modo de sensibilidade*, Kant diz que o tempo:

[...] não é um conceito empírico abstraído de qualquer experiência. [...] é uma representação necessária subjacente a todas as intuições [...]. O tempo é, portanto, dado *a priori* [sem experiência]. Só nele é possível todas as realidades dos fenômenos.

⁶⁵ Ibidem, p. 874.

⁶⁶ Como o instrumento perfurocortante que provocou a cicatriza facial queloidiana.

⁶⁷ O momento em que a visão da testemunha autoriza a representação da agressão ao Reclamante.

⁶⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Nova Cultural, p. 73-74, 2005.

Estes podem todos em conjunto desaparecer, mas o próprio tempo (como a condição universal da sua possibilidade) não pode ser supresso.⁶⁹

Ao espantar-se com o tempo, Santo Agostinho confessa que “*Se ninguém me pergunta, eu sei. Porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei.*”⁷⁰ Mas de pronto o musicista baiano Jauperi explica que o tempo é uma antinomia, porque... “*Vixe mainha... O tempo é tudo; o tempo é nada*”. E Para quem se associa à lei segundo a qual o “tempo é tudo”, parece não haver dúvida quanto à crença na existência de três formas temporais — a saber: um *tempo passado* (como as frases e orações até aqui formuladas), um *tempo presente* (a leitura das palavras nestes parênteses) e um *tempo futuro* (as locuções e argumentos jurídico-filosóficos a serem articulados e analisados nos parágrafos que serão construídos sobre a temática da re-presentation testemunhal). A essas três fases, onde o tempo “é tudo” (passado, presente e futuro), o senso comum e a tradição filosófica costumam chamar de tempo objetivo, físico, mecânico, medível, cósmico, quantitativo, contábil, enfim, como prefere Aristóteles, o tempo cronológico.

Mas quando, nas *Confissões*, Santo Agostinho declara não saber explicar o tempo a quem lhe pergunta, a confissão negativa é mais aparente do que real, não passando de mera licença socrática⁷¹, já que o santo africano bem sabia falar sobre o tempo. Mas ao cuidar do tempo, embora levasse em conta o tempo cronológico (o passado, o presente e o futuro) ou quantitativo, preferiu significá-lo sob a perspectiva *qualitativa* ou *espiritual* ou *psicológica*,⁷² já que tomou o tempo como um fenômeno que revela *a impressão do antes e do depois que as coisas geram no espírito*; sobre o tempo que representa o sentimento de presença das imagens que sucederam, ou sucedem ou que hão de suceder.

Na esteira da intencionalidade agostiniana,⁷³ o tempo seria então uma *expectação do futuro*, uma *atenção ao presente*, ou uma *memória do passado*. O tempo seria uma *distensão da alma* que possibilita a existência do futuro, do pretérito e do presente na *mente*. Como no gerúndio, o homem retém na mente o *presente das coisas passadas*, o *presente das coisas presentes* e o *presente das coisas futuras*. Em suma, o tempo sob a perspectiva agostiniana é *um durante do antes, um durante do agora e um durante do que virá*.

Vê-se, assim, que um dos *modos de sensibilidade* kantianos (o tempo) pode ser compreendido nas duas dimensões temporais significadas por Aristóteles (o tempo cronológico: o do relógio) e Santo Agostinho (o tempo espiritual: o tempo da mente). E isso é importante reter, porque, sem se dar conta desses fenômenos temporais, a testemunha participa tanto do *tempo cronológico* (já que vivenciou ou presenciou ou assistiu ao fato

⁶⁹ Ibidem, p, 77.

⁷⁰ AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. São Paulo: Paulus, Livro XI, 17, p. 338, 2004.

⁷¹ “Só sei que nada sei.”: Sócrates (470-399) se valia do método maiêutico (maieutikos: o que age como uma parteira), para extrair as ideias por meio de perguntas, cujas respostas já se encontram na mente do sujeito.

⁷² “Psicológico. “[...] o que se refere à consciência do indivíduo, ou seja, às atitudes ou às valorações individuais. Nesse sentido, diz-se, p.ex., que se trata de uma questão puramente psicológica, quando diante de uma questão cuja base não pode ser encontrada nos fatos ou no âmbito de determinado universo de discurso (p.ex. científico, lógico, etc.).” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 811.

⁷³ AGOSTINHO, Santo. **Confissões**, Livro X, p. 355.



narrado pelas partes) como do *tempo espiritual* (quando, em juízo, *re-presenta* os fatos, trazendo para o presente das coisas presentes (o momento em que ocorre o depoimento em audiência) as coisas passadas (os fatos, atos e/ou circunstâncias).

Indubitavelmente, a testemunha experimenta o *tempo presentativo* (o cronológico) e o *tempo re-presentativo* (o espiritual). Nessa lógica temporal, é força concluir que a *re-presentação testemunhal* se encontra sob a órbita do tempo agostiniano, isto é, do tempo espiritual ou psicológico, enfim, do tempo que só tem lugar na mente ou memória da testemunha, já que o tempo aristotélico (o cronológico), não existe mais, conquanto dele a testemunha tenha que ter a posse e o senhorio, enquanto modo de sensibilidade ou condição da possibilidade do fenômeno (o fato em análise, por exemplo) para esclarecimento da verdade.

Logo, conquanto os *modos de sensibilidade* (o tempo e o espaço) constituam condição formal *a priori* de todos os fenômenos — já que estes somente existem no espaço e no tempo —, é imperioso dizer que necessariamente concorrem para a “realidade empírica”, na medida em que nenhum objeto pode ser dado aos nossos sentidos sem se submeter a eles; e têm “idealidade transcendental” porque *não são* inerentes às coisas como suas condições, mas são apenas “formas da *nossa* intuição sensível”; não são formas do objeto, mas sim formas do Sujeito.⁷⁴

Enquanto homem ou *Sujeito* (como prefere Kant), a testemunha chamada a juízo para depor se encontra necessariamente implicada com as “**intuições puras**” ou “**formas**” ou “**modos**” da sensibilidade”; em uma palavra: implicada com o espaço e com o tempo. De tal sorte que os objetos (fatos, atos ou circunstâncias) “dados” aos seus sentidos revelam condições de possibilidade para serem representados com esteio numa “realidade empírica”, precisamente porque é essa “realidade empírica” (“intuições puras”, “formas” “modos de sensibilidade”: o espaço e o *tempo*) que qualifica e legitima a “credibilidade histórica” da *re-presentação testemunhal*.

Logo, a “credibilidade histórica”, substanciada pela “realidade empírica” substanciada pelos “modos de sensibilidade” da testemunha, impõe-se ao juiz como pressuposto válido de verificação *a priori* (sem experiência) acerca das condições de possibilidade de a *re-presentação testemunhal* constituir um conhecimento ou o cabedal de informações contemporâneas aos acontecimentos fáticos sem prejuízo da verdade.

Nessa medida, a testemunha que carece dos *modos de sensibilidade* (tempo e espaço) da realidade empírica articulada nos autos do processo, é indiciária de que concorrerá em juízo para calar ou falsear a verdade; em uma palavra: mentir. Por ilustração, tome-se o caso de uma reclamação trabalhista, onde o Reclamante declara ao juiz que era motorista de carreta e que viajava sozinho nas rodovias federais para fazer entrega de mercadoria, cuja testemunha é arrolada para demonstrar que não gozava do intervalo intrajornada. Ora, porque nunca viajou com o Reclamante, essa testemunha não possui condições de possibilidade para falar sobre o gozo ou não do intervalo; essa testemunha não dispunha dos *modos de sensibilidade* (espaço e tempo) para prestar informações sobre a “realidade

⁷⁴ REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 875.

empírica”. Mas se, não obstante, a parte insiste na oitiva dessa testemunha, certamente estará concorrendo para consecução da mentira.

Tome-se, ainda, o caso hipotético de uma testemunha chamada para depor sobre um fato (agressão física impulsionada pelo Reclamante no local de trabalho contra um superior hierárquico) que ocorrera quando ela já não mais mantinha vínculo empregatício com a Reclamada. Salta aos olhos que tal testemunha não reúne *sensibilidade* temporal e espacial para depor, ante a manifesta carência de “credibilidade histórica”; faltar-lhe-iam os *modos de sensibilidade*, isto é, as condições de possibilidade temporal e espacial para depor: ausências que iriam na contramão da *fidedignidade ou sinceridade do testemunho*, bem como da *probabilidade objetiva*.

Tomadas essas ilustrações, talvez se encontre aí a justificativa ou simpatia judicial pelas chamadas *testemunhas instrumentárias oculares (de visu)*, já que são elas que presenciaram ou assistiram ao fato sobre o qual vão depor, por gozarem, assim, de “credibilidade histórica” velada pela “realidade empírica” substanciada nos “modos de sensibilidade”, com manifesta capacidade de trazer à luz as coisas passadas.

Aliás, talvez ainda, e não sem certa razoabilidade jurídico-filosófica, também a simpatia jurisprudencial pela tese que exige a necessidade de o preposto ser empregado da parte reclamada, exatamente por gozar do domínio da realidade empírica ou *dos modos de sensibilidade* para prestar esclarecimentos em juízo — estruturas da sensibilidade certamente ausentes em um preposto sem vínculo empregatício, já que não teria condições de representar fatos, mas tão somente de re-presentações formais, tal qual um ator teatral decora o texto de sua personagem. Nessa hipótese, a representação do preposto não-empregado não passaria de uma teatralidade capaz de fomentar a mentira.

Não por outra razão que muitos juízes se valem da metodologia investigativa de introduzir no interrogatório ou inquirição testemunhal perguntas prefaciais acautelatórias, como “trabalhou para a Reclamada?”, “qual o período?”, “exerceu qual função?”, “executou quais atividades?”, “qual o local da empresa onde foram executadas?”, “qual horário de trabalho?”, “viu ou presenciou o fato alegado, ou o conheceu por meio de terceiros?”, a fim de saber se a testemunha arrolada possui ou não condições de possibilidade para depor acerca da realidade histórica; se possui ou não os *modos de sensibilidade* ou as *formas a priori* para representar os fatos articulados.

O método judicial se revela necessário e valioso, na medida em que capacita os juízes para a árdua empreitada de extrair da re-presentação testemunhal os signos ou vestígios que chancelam ou rechaçam “*a mancha podre da natureza humana*”⁷⁵; e que possui o condão de retirar da testemunha o *status* negativo de hospedeira da mentira, além de servir para eliminar, de uma vez por todas, a infeliz expressão “prostituta das provas”.

⁷⁵ Kant *apud* LOPARIC, Zeljko. **Kant e o pretensão direito de mentir**. In: *Verdades e mentiras*: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 78, 2005.



3. Considerações finais

A verdade e a mentira são paixões humanas que transitam no processo de conhecimento trabalhista. A disposição recorrente do senso comum, da ciência jurídica e da filosofia é de que a verdade sempre se sobreponha à Mentira, erradicando-a.

Mas porque entranhada na sociabilidade humana precarizada pelo individualismo que fomenta o flagelo da *reificação* das relações humanas, a erradicação da mentira não parece passar apenas pelo viés jurídico-processual, senão também se somando ao fluxo da moralidade e da eticidade. Eis o desafio que se impõe à sociabilidade sob o véu benfazejo da perfectibilidade humana.

Inegavelmente, a percepção ou representação axiológica dos operadores do direito processual trabalhista (advogados, procuradores e juízes) acerca dos *modos de sensibilidade* da testemunha arrolada para prestar declarações sobre os fatos articulados pelas partes, certamente não terá o condão de erradicar a mentira, mas pode constituir um preservativo ético-moral capaz de minimizar os efeitos de *re-presentações testemunhais* dissociadas da realidade empírica, isto é, da verdade, cuja ausência ferirá de morte a tão combatida justiça.

4. Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo. Martins Fontes, 2003.
- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. São Paulo: Paulus, 2004.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BÉRGSON, Henri. **Cartas, conferências e outros escritos**. São Paulo: Nova Cultural, 2005.
- BERTI, Enrico. **Ser y tiempo en Aristóteles** – 1ª edição. Buenos Aires: Biblios, 2011.
- BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**; tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20.07.2017.
- _____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20.07.2017.
- _____. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20.07.2017.
- CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo; Ática, 2005.
- FILHO, Ives Gandra Martins. **Manual esquemático de história da filosofia**. São Paulo: LTR, 2004.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

_____. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Nova Cultural. 2005.

LOPARIC, Zeljko. **Kant e o pretenso direito de mentir**. In: **Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau**. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, 2005.

MARITAIN, Jacques. **Introducción General a la Filosofía**. Sesma, F. Leandro de (traductor). Buenos Aires: Biblioteca Argentina de Filosofía. Club de Lectores. 1944.

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

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2001.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. São Paulo: Paulus, 2003.

ROUSSEAU, J.-J. **Os devaneios do caminhante solitário**; tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre, RS: L & PM, 2009.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Lourdes Santos Machado; 2ª ed.; São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores).

_____. **Emílio ou da educação**; tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**. São Paulo: Unesp, 2005.

SANTOS, Moacir Amaral. **Comentários ao Código de Processo civil**, Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 19373, vol. IV: arts 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1985.

TREVISAN, Fred Carlos. **A questão do tempo em Agostinho**. OLHAR/CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS. – Ano 6, n. 10-1 (jan - jul e ago-dez/2004). São Carlos: UFSCar, 2004.



Terceirização: para quem fica as vantagens e desvantagens?

Hanna Larissa Lima Bonfim¹

Resumo: Esse trabalho surgiu da inquietação acerca do uso imoderado de contratos terceirizados nos mais diversos setores de trabalho. Até março de 2017, a Súmula 331 do TST ainda regulamentava uma situação de fato em um cenário um tanto quanto nebuloso. Tudo se tornou mais cinza com a aprovação, pelo então presidente Michel Temer, da Lei 13.429/17, na qual há a permissão para que praticamente todos os funcionários de uma mesma empresa, atuantes na atividade-fim ou atividade-meio, sejam terceirizados. Contudo, será mostrado que, embora devidamente regulamentada, o trabalhador é o menos prestigiado nessa relação de trabalho. E afinal de contas, de quem são as vantagens e desvantagens do trabalho realizado pelo terceirizado?

Palavra-chave: Terceirização. Atividade-fim. Atividade-meio. Súmula 331 TST. Lei 13.429/17.

Introdução

O conceito de terceirização, segundo o dicionário, é assim estabelecido como:

1. Ato ou efeito de terceirizar.
2. **Estratégia de reorganização em que uma empresa adquire bens e serviços de fornecedores externos com o objetivo de diminuir custos, economizar recursos e desburocratizar sua administração.**² (destaque nosso).

A Economia, em um conceito simples e objetivo, poderia afirmar que terceirizar é o ato de tornar o trabalhador terceirizado parte principal do processo de acumulação de riqueza do tomador do serviço.

Assim, o sujeito, que é empregado por uma empresa distinta da que presta serviços, figura num contrato de trabalho como “força de trabalho alugada”. E a empresa empregadora, por sua vez, nada mais é que uma “atravessadora” na relação de trabalho.

Apesar deste conceito ser de amplo conhecimento, a prática revela que as empresas prestadoras de serviços ainda refutam a relação entre terceirização e a precarização e buscam transferir responsabilidades.

¹ Bacharela em Direito formada pela Universidade do Estado da Bahia (DTCS-III, Juazeiro/BA) no ano de 2016. Advogada atuante. E-mail: hannalarissa_@hotmail.com. Endereço: Rua Vereador Marciano da Silva Menezes, 101, Graça, CEP: 45400-000, Valença/BA. E-mail: hannalarissa_@hotmail.com; Telefone: (75)99126-5010.

² Site Michaelis. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=kLOZY>>. Acesso em 20/07/17.

Entretanto, se terceirização não produz precarização do trabalho, qual diferença faria para o tomador de serviços responder solidariamente, ao invés de subsidiariamente, pelo adimplemento dos direitos trabalhistas?

Ocorre que, ao desmistificar os mitos popularmente difundidos, nota-se que **não é verdade que a terceirização** gera emprego. Os empregos – agora terceirizados – existiram de qualquer maneira para a produção e realização dos serviços necessários à grande empresa.

“A empresa terceira gera trabalho precário e, pior, com jornadas maiores e ritmo de trabalho exaustivo, acaba, na verdade, por reduzir o número de postos de trabalho”³

Trazendo uma prévia do trabalho a seguir, vê-se que os efeitos da terceirização, vista nos moldes atuais, **são, no geral**, perversos para os trabalhadores. Diminuição significativa nas remunerações, se comparadas aos salários dos funcionários efetivos; redução da qualificação da força de trabalho; descumprimento de obrigações trabalhistas; maior favorecimento aos acidentes no trabalho; jornadas de trabalho mais extensivas e desorganização da representação sindical **são alguns dos tópicos que serão tratados como consequências negativas ao prestador de serviço terceirizado no Brasil.**

1. Entendo o furacão a ser formar com o advento da Lei nº 13.429/17

Segundo a CUT, o total de trabalhadores terceirizados equivale a 12,7 milhões de assalariados que perfazem 26,8% do mercado formal de trabalho.⁴

Os pedidos incessantes para regulamentação dessa classe trabalhadora começavam a cogitar um fim. A recente lei 13.429, de 31 de março de 2017, suprimiu uma antiga lacuna legislativa que havia sobre a matéria – até então dirimida através da Súmula 331 do TST – e passou a prever a possibilidade das empresas contratarem trabalhadores terceirizados.

Entretanto, apesar da disciplina sobre o tema, uma grande falha, proposital ou não, é discutida: ao não mencionar expressamente a antiga limitação sumular da terceirização à atividade-meio, abre-se uma brecha jurídica na lei para uma possível terceirização da atividade-fim.

³ CUT Brasil. Terceirização e Desenvolvimento. Uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo, 2014, fl.9. Disponível em <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em: 01/07/17.

⁴ CUT Brasil. Terceirização e Desenvolvimento. Uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo, 2014, fl.13. Disponível em <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em: 01/07/17.



Em outras palavras, a grande problemática da referida lei é a ausência de clareza ao leitor, na medida que não reproduz, implícita ou explicitamente, os termos da famigerada Súmula 331 TST, no que concerne a limitação da terceirização à atividade-meio.

Tal Súmula compilou de forma magistral, sobretudo no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, o Decreto nº 2.271/97. Em linhas gerais, este regulamentou que,

“poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade” (art. 1º, grifo nosso).

Os parágrafos primeiro e segundo, ainda desse artigo, detalham ainda mais quais seriam as atividades objeto ou não da chamada “execução indireta”, *ipsis litteris*:

§1º. As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§2º. Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Nesse passo, rememorando a definição de terceirizado, nota-se que é o funcionário de uma empresa, denominada contratada ou prestadora de serviço, que disponibilizará seu empregado para prestar serviço a outra empresa, assim designada contratante ou tomadora do serviço.

Trocando em miúdos, o tomador repassa, mediante pagamento, ao prestador o encargo para execução de atos em nome, sob direção e responsabilidade deste. Isso porque, como bem trata o dicionário em sua breve definição, manter responsabilidade e deveres para si implica em aumentar custos, dilapidar recursos e burocratizar sua administração.

Pois bem, tendo essas três figuras da relação jurídica bem definidas – terceirizado, empresa prestadora de serviço e empresa tomadora de serviço –, é importante observar, porém, que o trabalhador terceirizado não é empregado da empresa que se beneficia de seu serviço.

Assim, em razão dessa característica do trabalho terceirizado, embora a Constituição Federal preveja os mesmos direitos ao trabalhador terceirizado e aos demais, na prática, podem ocorrer diferenças significativas. Um exemplo digno de destaque é a possibilidade de diferenças salariais entre os terceirizados e os empregados da tomadora.

O descuido com a redação da Lei 13.429/17 é grave, pois a Súmula 331 TST, na falta de regulamentação legislativa para o tema, era o (ou um dos) único (s) respaldo (s) para salvaguardar os direitos dos trabalhadores terceirizados frente às arbitrariedades do tomador de serviço e da empresa empregadora.

Alargando o debate, a fim de ouvir opiniões diversas, cabe o parecer do DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) sobre a Lei 13.429/2017. *In litteris*:

*“Com base nos aspectos até aqui comentados, pode-se afirmar que a regulamentação da terceirização contida na Lei 13.429/2017 é excessivamente genérica e omissa em vários aspectos das relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços e entre essas e as contratantes. Essas omissões poderão ocasionar aumento da insegurança laboral e jurídica para trabalhadores e empresas, motivando conseqüente aumento de ações trabalhistas na justiça. Além disso, o texto legal é muito frágil quanto à garantia dos direitos e à proteção dos trabalhadores terceirizados, aumentando riscos de crescimento de precarização das condições de trabalho e rotatividade. (...) Em síntese, a mudança legislativa não contribui nada para estabelecer relações de trabalho equilibradas nem para melhorar o ambiente econômico”.*⁵

A discussão acerca da nova Lei de Terceirização deve ser feita por toda a sociedade, principalmente porque traz profundo impacto no mercado de trabalho e ao trabalhador, como se verá a seguir.

2. Terceirização e seus malefícios ao trabalhador brasileiro

Desde que o mundo se tornou capitalista, “reduzir custos ao menor preço” é o lema. A terceirização é um símbolo moderno desse alvo perseguido pelo empregador.

A regra é simples: diminuir custos com funcionários implica em aumentar a margem de lucro.

*“Afim, para as empresas, sai mais barato que parte de sua mão de obra seja contratada por terceiros, em vez de mantê-los sob a sua tutela, o que eleva os gastos com direitos trabalhistas e eventuais problemas de segurança do trabalho, como indenizações e outras questões”.*⁶

⁵ DIEESE. Impactos da Lei 13.429/2017 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores. Contrato de trabalho temporário e terceirização. Nota Técnica nº 175, Abril de 2017, fl. 10. Disponível em <<https://direitosociais.org.br/article/impactos-da-lei-134292017-antigo-pl-43021998-para-/>> Acesso em: 11/06/17.

⁶ PENA, Rodolfo F. Alves. Terceirização e trabalho. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/terceirizacao-trabalho.htm>>. Acesso em 12/07/17.



Como já dito, embora a legislação trabalhista vigente preveja o mesmo rol de direitos para os trabalhadores terceirizados e os demais empregados - art. 7º da Constituição Federal -, considerando que aqueles são funcionários de empresas diferentes e representados por sindicatos distintos, na prática, ocorre diferenças de tratamento, mesmo que ambos os trabalhadores desenvolvam a mesma atividade. Alguns exemplos de distorções são os benefícios oferecidos aos efetivos e não disponibilizados aos terceirizados, como o auxílio alimentação, vale transporte, assistência médico-odontológica, entre outros.

Quanto aos diferentes sindicatos que representam esses dois tipos de trabalhadores, por óbvio eles poderão estar sujeitos a convenções e acordos coletivos diferentes. Além disso, como os terceirizados não são empregados da empresa tomadora, eles não se beneficiam dos direitos concedidos mediante regras internas desta.

Ademais, talvez não seja tão notório o impacto negativo com a Previdência Social gerado pela terceirização.

Ora, se um funcionário efetivo de uma empresa ganha x , um funcionário prestador de serviço pode ganhar, mesmo que exerça as mesmas funções do anterior, $2/3$ do mesmo x . Obviamente que os reflexos incidirão de maneira direta no valor que deveria ser repassado ao Órgão Previdenciário competente.

Mas que isso. Como há uma grande rotatividade gerada pelas constantes mudanças nas empresas terceirizadas, apesar da significativa redução salarial do empregado terceirizado brasileiro, existe uma sobrecarga da Previdência Social com o uso quase que contínuo de benefícios sociais, como o FGTS e Seguro Desemprego, por exemplo.

Isso sem falar na significativa redução do poder de compra do mercado consumidor, o que, por consequência, reduz também a arrecadação tributária.

A terceirização fere princípios basilares da Carta Magna como o direito fundamental à relação de emprego (artigo 7º, I), à irredutibilidade de salário (art. 7º, VI), às férias (art. 7º, XVII), à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII), à investidura em cargo ou emprego público após aprovação prévia em concurso público (art. 37, II), etc.

Sobre esse ponto, a opinião da Juíza do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, Valdete Souto Severo é relevante:

“A intermediação de força de trabalho permite que as prestadoras se sucedam em contratos de um ou dois anos, fazendo com que concretamente os trabalhadores jamais fruam férias e possam ter o salário reduzido, a cada “nova” contratação. Estimula a potencialização dos riscos, bastando citar o exemplo da supressão da exigibilidade de um técnico em segurança do trabalho, em face da redução do número de empregados (contratados na forma prevista na ordem constitucional vigente), promovida pela terceirização em diferentes setores da mesma empresa”⁷

⁷ SEVERO, Valdete Souto. Após o golpe da terceirização, nada mais resta aos trabalhadores que não seja a luta. Justificando mentes inquietas pensam Direito. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/23/apos-o-golpe-da-terceirizacao-nada-mais-resta-aos-trabalhadores-que-nao-seja-luta/>>

Trazendo o debate do processo de precarização do trabalho para dados estatísticos, é possível concluir que os trabalhadores terceirizados recebem em média um salário 17% menor do que em caso de contratação direta, segundo um estudo publicado pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em 2015.⁸

Outro ponto polêmico da terceirização trata-se da responsabilidade sobre os direitos trabalhistas dos empregados em questão. A Lei nº 6.019/74, alterada pela Lei nº 13.429/17, espelhou o sistema vigente adotado pela Súmula 331 do TST.

Isso porque o art. 5º-A, §5º da primeira lei citada acima determinou que a responsabilidade continuaria subsidiária (ou secundária) em relação à empresa tomadora de serviços.

Ou seja, se a empresa intermediadora não se responsabilizar pelo que é devido ao trabalhador terceirizado, esgotando-se todos os seus recursos financeiros, a empresa tomadora de serviços, mesmo que não seja a empregadora, estará compelida pelos encargos trabalhistas.

Ocorre que, na prática, responsabilizar primariamente a empresa prestadora de serviços pode gerar transtornos aos empregados. Questões trabalhistas seriam entregues a uma empresa que, na maioria das vezes, não tem solidez econômica e que são mal administradas, havendo, assim, maiores riscos de não pagamentos de salários e encargos.

Principalmente na Administração Pública, a lógica capitalista e desvirtuada de licitar pelo menor preço, faz com que prestadoras de serviço sem qualquer patrimônio - muitas vezes sem sede própria - ganhem a licitação, trabalhem por um espaço curto de tempo e depois encerram suas atividades. Nesses casos, quase sempre o patrimônio/capital da empresa simplesmente desaparece sem o devido pagamento das remunerações, rescisões e demais obrigações trabalhistas devidas aos prestadores de serviço terceirizados.

A cadeia de empresas envolvidas na terceirização também tem um histórico nada esperançoso: ora a empresa que entra é bem organizada, ora é menos estruturada. O trabalhador é o prejudicado, pois nessas transições entre empresas, muitos acabam sem ter férias ou outros direitos que lhe cabiam. Afinal de contas, nova empresa significa novo contrato de trabalho e, portanto, nova contagem de tempo de serviço, mesmo que continue desempenhando as mesmas tarefas, no mesmo local.

E esses são só alguns exemplos das manobras indecentes que a terceirização no contexto atual pode praticar.

Esta insegurança sobrecarregará a Justiça do Trabalho, vez que muitos trabalhadores certamente se sentirão prejudicados.

Acesso em 02/06/17.

⁸ STEIN, Guilherme; ZYLBERSTAJN, Eduardo; ZYLBERSTAJN, Hélio. TERCEIRIZAÇÃO E SALÁRIOS. IPEA. Boletim de Mercado de Trabalho, n. 59, ano 21, out. 2015. Disponível em <http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=26544&catid=184&Itemid=9> Acesso em 13/07/17.



Além da precarização das condições de trabalho, existe também outra questão que gera muitas críticas em relação ao aumento da terceirização: uma possível elevação do trabalho análogo ao escravo revelada pelo Doutor em Ciências Sociais (UFBA), pós-doutorando em Economia (UNICAMP), Pesquisador de Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho (CESIT) da UNICAMP, auditor fiscal do Ministério do Trabalho, e integrante do grupo de pesquisa “Indicadores de Regulação do Emprego”, Vitor Araújo Filgueiras.

“Mesmo assim, entre os resgates ocorridos em 2013, nos 8 maiores casos em que a totalidade dos trabalhadores eram formais (entre 20 e 93 trabalhadores resgatados), todos eles eram terceirizados formalizados por figuras interpostas. Já no grupo de resgates com parte dos trabalhadores com vínculo formalizado, das 10 maiores ações (de 23 a 173 trabalhadores resgatados), em 9 os trabalhadores formais resgatados eram terceirizados.

Entre esses resgates com terceirizados formalizados figuravam desde médias empresas desconhecidas, até gigantes da mineração e da construção civil, do setor de produção de suco de laranja, fast food, frigorífico, multinacional produtora de fertilizantes, obras de empresas vinculadas a programas do governo federal”⁹

Vê-se outra questão amplamente debatida pelos estudiosos e críticos do tema: a fragmentação da classe trabalhadora.

Efetivos e terceirizados não fazem parte de uma única classe, pois ambos não se veem com a semelhança de serem todos trabalhadores. Ao contrário, há a necessidade de uma disputa interna, uma concorrência entre o trabalhador diretamente contratado e aquele terceirizado, que almeja fazer parte dos quadros da empresa.

É certo que a organização sindical não tem sido ultimamente, em todos os setores, dos melhores exemplos de defesa e coordenação de interesses afins, contudo, esse, sem dúvida, é um golpe certo para tal tipo de organização civil.

Ademais, a alegação dos defensores acerca da suposta diminuição da informalidade, graças a terceirização largamente difundida, não passa de um conto de fadas. Embora ser terceirizado não signifique ser informal, nas mesmas proporções, ter a Carteira de Trabalho assinada não significa que os direitos trabalhistas serão assegurados ao prestador de serviço.

Há inúmeros casos de empresas sem reclamações trabalhistas, sem irregularidades perante a lei, mas que têm grandes problemas de gestão. Como já dito, empresas sem solidez econômica acabam por intensificar o processo de diminuição dos direitos dos trabalhistas a longo prazo.

⁹ FIGUEIRAS, Vitor Araújo. Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência? Disponível em <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a30-e-trabalho-anc3a1logo-aoescravo1.pdf>> Acesso em 12/07/2017.

Outrossim, a prática revela que, a terceirização nas atividades-fim, apesar de até pouco tempo atrás não ser permitida, é fartamente utilizada, gerando uma série de trabalhadores com registro formal, mas com desvio de função, por exemplo, e sem resguardo de direitos garantidos duramente conquistados em lei.

Outro ponto lesivo ao trabalhador são as poucas exigências para constituição da empresa de prestação de serviços de terceiros, expressos no art. 4º-B da Lei 6.019/74, que foi incluído pela Lei 13.429/17.

São elas: a prova de inscrição no CNPJ, registro na Junta comercial, capital social que varia entre mínimo de dez empregados - mínimo de 10.000,00 (dez mil reais) - e máximo de 100 empregados - mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

*“Aqui, é possível identificar dois problemas, primeiro, a ausência de prévio registro no Ministério do Trabalho, não permite uma análise acerca do mercado de trabalho, e os trabalhadores expostos a esta situação, dificultando até mesmo a fiscalização; segundo, uma capital social tão baixo para constituição de empresas prestadoras de serviço, sem um fundo de reserva, significa um risco muito grande de quebra destas empresas, e inadimplemento das obrigações trabalhistas e contribuições sociais, principalmente diante da amplitude da contratação por meio de terceirização”.*¹⁰

Por fim, vale trazer a lume duas questões não tão expostas sobre a precarização do trabalho com a inauguração da terceirização: o preconceito gerado pela figura do terceirizado e os acidentes de trabalho.

O terceirizado é um trabalhador invisível para a sociedade mesmo que exerça a mesma função que o efetivo. Essa é uma face cruel e subjetiva desse tipo de relação de trabalho, que, muitas vezes, não é objeto de tantos estudos quanto a gravidade do assunto exige.

O indivíduo que tem sua mão de obra explorada por terceiro não se reconhece como profissional, pois não é susceptível de ascensão na carreira. O esfacelamento define esse tipo de trabalho, levando o trabalhador, a cada curto espaço de tempo, a ter que reconstruir sua relação com o novo espaço de trabalho e outra empresa empregadora.

O princípio da dignidade da pessoa humana é frontalmente ferido, contudo, tais casos, infelizmente, ainda são de difícil enquadramento jurídico.

“Quanto ao índice de acidentes de trabalho, de cada dez trabalhadores que sofrem acidentes fatais, oito são terceirizados. Ou seja, 80% dos acidentes de trabalho fatais são de terceirizados. Por quê? Porque eles têm menos treinamento, existe um compromisso menor com o meio ambiente do trabalho. A empresa que presta o serviço vai jogar a culpa na empresa onde o serviço é prestado [contra-

¹⁰ TEODORA, Patrícia. **Terceirização já está em vigor – principais alterações**. Blog da Patrícia Teodora Direito, Política, Economia e Sociedade. Disponível em <https://patriciateodora.blog/2017/04/04/terceirizacao-ja-esta-em-vigor-principais-alteracoes/>> Acesso em 05/05/17.



tante] e a empresa onde o serviço é prestado vai jogar a culpa na prestadora de serviço. Fica esse jogo de empurra e é o trabalhador que sofre as consequências”.¹¹

A fala do Procurador-geral do Trabalho, Ronaldo Fleury, é reforçada quando se atenta para o estudo realizado pelo DIEESE que aponta, com dados comprovados estatisticamente, quais e quantas são as diferenças do empregado contratado diretamente e o terceirizado.¹²

3. A Terceirização e o concurso público: A realidade atrás da fantasia

A aprovação da Lei 13.429/17 causou um temor entre os servidores públicos e, sobretudo, os que almejam ser servidores públicos.

A ideia que ronda alguns é a de que não haverá mais concursos públicos para os serviços – cada vez mais abrangentes, diga-se – cuja terceirização é possível.

Entretanto, cabe uma ressalva importante. Utilizando-se das palavras da Doutora em Teoria Jurídico-Político e Relações Internacionais pela Universidade de Évora, Fernanda Maria Afonso Carneiro, é necessário dizer que

*“em primeiro e fundamental lugar, o instituto não pode ser usado como forma de burla do concurso público. Efetivamente, utilizar terceirização como forma de admitir pessoal, evitando-se o princípio da impessoalidade, pode deturpar todo o processo que a envolve. O processo de terceirização no serviço público brasileiro adquiriu uma característica de legalidade como instrumento capaz de diminuir o tamanho do Estado”.*¹³

Ainda nas palavras da Doutora Fernanda Carneiro,

“a contratação de trabalhadores terceirizados pelo serviço público, resulta, portanto, numa ameaça real aos regimes jurídicos adotados na Administração Pública brasileira, não só pela possibilidade de ocorrer algum tipo de infração à legislação pertinente, mas, sobretudo, pelos riscos decorrentes desse processo, conforme salienta Ferraz, ao relatar as principais distorções que o Ministério Público do Trabalho conseguiu identificar:

¹¹ SILVA, Camila Rodrigues. Lei da terceirização acaba com concurso público, diz procurador-geral do Trabalho. Brasil de Fato, 23 de Março de 2017. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/23/lei-da-terceirizacao-acaba-com-concurso-publico-diz-procurador-geral-do-trabalho/>> Acesso em 03/05/17.

¹² DIEESE. Terceirização e precarização das condições de trabalho Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Nota Técnica nº 172, Março de 2017. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>> Acesso em 15/06/17.

¹³ CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VANTAGENS, DESVANTAGENS E AMEAÇAS AO REGIME JURÍDICO DAS RELAÇÕES DO TRABALHO. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. V. 2, n. 2, ano 2016. fl. 75. Disponível em <<http://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1298>> Acesso em 20/07/17.

- As estatais contratam terceirizados em vez de empregar pessoas que prestaram concurso público
- Estão mais sujeitos a acidentes de trabalho
- Não têm o mesmo treinamento dos funcionários efetivados
- Os terceirizados recebem salários inferiores e não têm os mesmos direitos que os efetivos (contratados com carteira) (apud FERRAZ, 2006, p. 252).

Ainda de acordo com o referido autor, “entre 30% e 50% dos funcionários das estatais são terceirizados, estima a Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública, ligada ao Ministério Público do Trabalho” (apud FERRAZ, 2006, p. 252)”

Essa condição ocorre porque, as despesas com a terceirização não são contabilizadas como gastos com pessoal, o que auxilia o gestor público a manter o equilíbrio das contas públicas, além de representar um ganho em termos de redução de custos, pois como afirma Pochmann (2007, p. 02), “um trabalhador terceirizado ganha, em média, metade do não terceirizado”.¹⁴

Parece que a Lei 13.429/17 pode conter pontos contrários à lei por ofender o artigo 37, II, da Constituição.

Ora, a legislação há pouco previa que a terceirização só poderia ocorrer em serviços que se enquadrarem como atividade-meio, ou seja, trabalhos que não estão diretamente ligados ao objetivo principal da empresa.

Como já mencionado, a grave omissão desta lei gera brecha capaz de enquadrar a terceirização para atividades-fim.

Além disso, outra questão que merece atenção é a possibilidade de facilitação de apadrinhamentos políticos, o nepotismo, a corrupção por meio de contratos de terceirização. Assim, nem sempre quem é competente seria escolhido.

Os defensores da terceirização afirmam com veemência que ela pode aumentar a eficiência e produtividade das empresas. Todavia, essa produtividade, em regra, vem do aumento da carga horária e da força de trabalho da mão-de-obra terceirizada em detrimento do funcionário efetivo.

O discurso defensivo e prol terceirização de que haveria um ganho de produtividade, sobretudo no funcionalismo público, por conta da especialização em determinadas tarefas também é fadado ao fracasso. Os trabalhadores terceirizados são menos especializados que os contratados diretamente, pois têm um treinamento menor.

¹⁴ CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VANTAGENS, DESVANTAGENS E AMEAÇAS AO REGIME JURÍDICO DAS RELAÇÕES DO TRABALHO. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. V. 2, n. 2, ano 2016. fls. 76-77. Disponível em <<http://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1298>> Acesso em 20/07/17.



Ademais, na prática, a licitação contempla uma empresa que não é especializada em nada ou é especializada em tudo, como queira. Tomando por exemplo empresas prestadoras de serviços para bancos públicos, em regra, se vê funcionários que trabalham desde a limpeza ao atendimento ao público.

Não é por outro motivo que existe tanto desvio de função nesse ramo, como demonstra alguns dos enxertos jurisprudenciais dos recentemente julgados nos Tribunais pátrios sobre o tema:

TERCEIRIZAÇÃO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. As atividades realizadas pelo reclamante, trabalhador terceirizado, consubstanciadas em prestação de informações a clientes e não clientes da CEF, sobre serviços próprios ou integrantes da sua cadeia produtiva, se inserem na atividade-fim dessa tomadora, seja como instituição financeira ou como agente operador de programas do governo, em caracterização, pois, de terceirização ilícita, o que justifica a observância de tratamento isonômico com os empregados da contratante, em atendimento ao princípio da isonomia, consoante preceituado nos artigos 5º, 7º, XXX, da CR/88, garantindo ao reclamante a percepção de salário igual àquele pago aos trabalhadores diretos da instituição financeira tomadora. Inteligência da OJ 383 da SDI I do C. TST. (TRT 3, Processo RO 0001901-52.2014.5.03.0018, Órgão Julgador: Decima Turma, Publicação: 25/10/2016, Relator Taisa Maria M. de Lima) (destaque nosso).

RECURSOS ORDINÁRIOS DAS RECLAMADAS. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE FIM. EQUIPARAÇÃO SALARIAL AOS FINANCIÁRIOS. Restando evidenciado, pelo contexto probatório, que a obreira da prestadora de serviços realizava o seu trabalho na atividade-fim da tomadora dos serviços, que atuava como instituição financeira, reconhece-se a terceirização ilícita perpetrada pelas demandadas, bem como a equiparação do salário da reclamante às vantagens concedidas aos financiários, nos termos da Súmula 331, I e III, do TST. Sentença mantida neste item. (TRT 7, Processo RO 0000605-84.2015.5.07.0038, Publicação: 21/02/2017, Julgamento: 20/02/2017, Relator Francisco José Gomes Da Silva) (destaque nosso).

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. Emergindo dos autos que o autor laborou em desvio de função para empresa terceirizada, exsurge a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas inadimplidas, uma vez que descumpriu as obrigações impostas pela Lei nº 8.666/93, incorrendo, assim, nas culpas in elegendo e in vigilando. (TRT 16, Processo 0016122-28.2014.5.16.0002, Publicação: 11/03/2016, Relator: Marcia Andrea Farias Da Silva) (destaque nosso).

Talvez a ideia de tornar todos, ou a grande maioria, dos cargos, em todos os níveis possíveis do setor público inclinados ao concurso público seja interessante. Ora, a lógica é simples: o Estado já repassa as verbas para a empresa prestadora de serviço, que, por sua vez, paga a folha de pagamentos dos funcionários terceirizados.

Se a terceirização é tão vantajosa para todos os componentes dessa relação de trabalho, por que não fazer com que o Estado pague diretamente aos seus servidores, advindos de concurso público?

Obviamente que as empresas privadas que ganham a licitação para prestação de diversos serviços não saem desmonetizadas ao receberam a verba do Estado e pagarem a folha de pagamento de seus funcionários.

*Nas palavras da CUT, “na média, as empresas que terceirizam, percebem de quatro a seis vezes o valor que pagam aos trabalhadores terceirizados, caracterizando uma visível transferência de poupança pública para o setor privado. Assim, comprovadamente, as terceirizações gastam mais que a contratação de servidores mediante concurso público, já que toda vez que um funcionário terceirizado já treinado é substituído - normalmente, nos contratos, as empresas podem substituir os trabalhadores no momento que quiserem -, a Administração Pública é obrigada a treinar um novo trabalhador. Neste período, a qualidade da prestação do serviço fica prejudicada e os recursos públicos são gastos em vão, já que estes trabalhadores não têm uma relação direta com o serviço público. Isso comprova que é falsa a ideia, defendida por alguns gestores públicos, sobre a eficiência e qualificação dos trabalhadores terceirizados como justificativa para suas contratações”.*¹⁵

Para o presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Wilson Fernandes, a terceirização permite a precarização do trabalho.

*“Se a empresa terceiriza um trabalho, ela dispensa dez trabalhadores e contrata [por meio de uma empresa terceirizada] outros dez para fazer o trabalho daqueles, e por que ela faz isto? Porque vai sair mais barato para ela. Se vai sair mais barato para ela, de onde sai a diminuição de custo? Do salário do trabalhador, obviamente”.*¹⁶

Assim, a terceirização tende a ser uma solução enganosa à diminuição dos gastos públicos, pois apenas transfere a contratação que poderia ser realizada de forma direta com o Ente Público.

¹⁵ CUT Brasil. Terceirização e Desenvolvimento. Uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014, fl.47. Disponível em <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em: 01/07/17.

¹⁶ FRABASILE, Daniela. Lei da terceirização: muda para pior ou para melhor a vida do trabalhador? A terceirização pode reduzir os salários do trabalhador? Todos os profissionais terão de virar PJ?. Site Época Negócios, 21/03/2017. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>> Acesso em 30/05/2017.



4. Considerações Finais

A terceirização poderia ser uma boa ideia, se não fosse a grande maioria das experiências ruins que se vê no país com esse tipo de relação de trabalho.

A ausência de fiscalização e direitos consolidados e semelhantes aos dos efetivos para os terceirizados acaba por torná-la uma grande vilã.

Não é à toa que terceirizar, nos termos apresentados nos últimos tempos, potencializa a capacidade de exploração do trabalho e promove o trabalho análogo ao de escravo mais do que contratação direta de trabalho estabelecida sem a figura de ente interposto.

Por conta da condição mais precária, os trabalhadores terceirizados tendem a se esforçar mais para manterem seus empregos e superarem a condição adversa, aceitando a exploração. Esse é o motivo que vincula a terceirização às piores condições de trabalho (degradantes, exaustivas, humilhantes etc.).

Com a falta de fiscalização, os trabalhadores terceirizados estão mais sujeitos a acidentes e mortes no local de trabalho do que os trabalhadores contratados diretamente porque, entre outros motivos, as empresas não investem em medidas preventivas.

A terceirização como se mostra estabelecida propicia a pulverização da representação sindical, pois dificulta a organização dos trabalhadores para uma solução política da questão.

Isso sem falar no muro invisível de preconceito e segregação que impõe, de modo geral, a aceitação de uma subcondição pelo trabalhador terceirizado.

*“Portanto, a regulamentação irrestrita da terceirização, baseada somente numa visão de curto prazo, não apenas penaliza o trabalhador, como também pode comprometer o desempenho das empresas, em longo prazo. (...) Num momento de profunda crise econômica como o atual, a permissão indiscriminada da terceirização, em vez de ser uma solução, poderá se transformar em risco adicional à retomada do crescimento econômico, do emprego e, especialmente, da saúde financeira do Estado”.*¹⁷

5. Referências

CAMPOS, André Gambier. **Impactos da Terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil: novas evidências para o Debate**. Ipea, Outubro de 2016. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28817> Acesso em 02/07/17.

¹⁷ DIEESE. **Terceirização e precarização das condições de trabalho Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes**. Nota Técnica nº 172, Março de 2017. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>> Acesso em 15/06/17.

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. **A Terceirização na administração Pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao Regime Jurídico das Relações do Trabalho.** Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. V. 2, n. 2, ano 2016. Disponível em <<http://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1298>> Acesso em: 20/07/17.

CUT BRASIL. **Terceirização e Desenvolvimento. Uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos.** Secretaria. Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014. Disponível em <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossiê-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em: 01/07/17.

BRASIL. **Constituição da República.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 04/06/17.

_____. **Decreto 2.271/97.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em 04/06/17.

DIEESE. **Impactos da Lei 13.429/2017 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores. Contrato de trabalho temporário e terceirização.** Nota Técnica nº 175, Abril de 2017. Disponível em <<https://direitosociais.org.br/article/impactos-da-lei-134292017-antigo-pl-43021998-para-/>> Acesso em: 11/06/17.

DIEESE. **Terceirização e precarização das condições de trabalho Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes.** Nota Técnica nº 172, Março de 2017. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>> Acesso em: 15/06/17.

FIGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** Disponível em <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceriza-c3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-aoescravo1.pdf>> Acesso em 12/07/2017.

FRABASILE, Daniela. **Lei da terceirização: muda para pior ou para melhor a vida do trabalhador? A terceirização pode reduzir os salários do trabalhador? Todos os profissionais terão de virar PJ?.** Site Época Negócios, 21/03/2017. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>> Acesso em 30/05/2017.

BRASIL. **Lei 13429/17.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em 03/05/17.

_____. **Lei 6019/74.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm> Acesso em 03/05/17.

MICHAELIS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa.** Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=kLOZY>>. Acesso em 20/07/17.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Terceirização e trabalho.** Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/terceirizacao-trabalho.htm>>. Acesso em 12/07/17.

SEVERO, Valdete Souto. **Após o golpe da terceirização, nada mais resta aos trabalhadores que não seja a luta.** Justificando Mentis inquietas pensam Direito. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/23/apos-o-golpe-da-terceirizacao-nada-mais-resta-aos-trabalhadores-que-nao-seja-luta/>> Acesso em: 02/06/17.



SEVERO, Valdete Souto. **TERCEIRIZAÇÃO: o perverso discurso do mal menor.** Disponível em <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor.pdf>> Acesso em: 22/06/17.

SILVA, Camila Rodrigues. **Lei da terceirização acaba com concurso público, diz procurador-geral do Trabalho.** Brasil de Fato, 23 de Março de 2017. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/23/lei-da-terceirizacao-acaba-com-concurso-publico-diz-procurador-geral-do-trabalho/>> Acesso em: 03/05/17.

STEIN, Guilherme; ZYLBERSTAJN, Eduardo; ZYLBERSTAJN, Hélio. **Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil.** Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13883>> Acesso em: 13/07/17.

TEODORA, Patrícia. **Terceirização já está em vigor – principais alterações.** Blog da Patrícia Teodora Direito, Política, Economia e Sociedade. Disponível em <https://patricia-teodora.blog/2017/04/04/terceirizacao-ja-esta-em-vigor-principais-alteracoes/> Acesso em: 05/05/17.

A Reforma Processual Trabalhista

Hélio Barbosa Hissa Filho¹

Resumo: Em 14 de julho de 2017 foi publicada a Lei nº. 13.467, popularmente conhecida como reforma trabalhista, que entrará em vigor em novembro deste ano, após o decurso do período de 120 dias de *vacatio legis*. Este trabalho tem por objeto analisar, com base em pesquisa bibliográfica, os novos dispositivos processuais inseridos na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) pela referida lei, referentes à fase de conhecimento. Serão verificadas quais alterações representam, de fato, mudanças no trâmite do processo do trabalho e observadas as suas repercussões na jurisprudência do TST (Tribunal Superior do Trabalho), principalmente em relação aos enunciados de súmula e OJs (orientações jurisprudenciais). O presente estudo justifica-se pelas profundas modificações introduzidas no Direito e no Processo do Trabalho pela reforma, sendo plausível afirmar que se está diante de um novo momento das relações entre trabalhadores e empregadores, com relevantes implicações processuais. Quais mudanças são essas? Estão em consonância com o entendimento dominante no TST? Beneficiam mais aos empregados ou empregadores? Entende-se que as alterações mais relevantes dizem respeito a: competência da Justiça do Trabalho para homologar acordos extrajudiciais, novo regramento da justiça gratuita, honorários advocatícios, exigência de pedidos líquidos, efeitos da revelia, ônus da prova, depósito recursal, transcendência como pressuposto do recurso de revista e incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Os novos artigos inseridos na CLT às vezes irão de encontro à jurisprudência da Corte Superior Trabalhista e são, em sua maioria, mais favoráveis aos empregadores.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Processo do trabalho. Lei nº. 13.467/2017.

Introdução

A Lei nº. 13.467/2017 é a mais importante norma jurídica trabalhista desde a CLT. Assim, seu estudo justifica-se pelas significativas alterações que promoverá, quando estiver em vigor, nas relações entre trabalhadores e empregadores, inclusive no que tange ao processo do trabalho.

Sabe-se que a CLT é omissa em vários aspectos processuais. A reforma, porém, mais do que suprir lacunas, altera de maneira substancial o regramento vigente. Quais são as mudanças trazidas? Estão em consonância com a jurisprudência do TST? Beneficiam mais aos empregados ou empregadores? Entende-se que as alterações mais relevantes dizem respeito a: competência da Justiça do Trabalho para homologar acordos extrajudiciais, novo regramento da justiça gratuita, honorários advocatícios, exigência de pedidos líquidos, efeitos da revelia, ônus da prova, depósito recursal, transcendência como pressuposto do recurso de revista e incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Às vezes,

¹ Especialista em Direito do Trabalho; exerceu a função de assistente de desembargador no TRT da 16ª Região; servidor efetivo do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (CE) no cargo de analista judiciário – área judiciária, onde exerce a função comissionada de assistente de juiz; autor do artigo intitulado “A Aplicação Supletiva e Subsidiária do Novo CPC ao Processo do Trabalho e o Artigo 769 da CLT”, publicado na Revista do TRT da 10ª Região, v. 20, n. 1, ano 2016. Telefone: (85) 996762893; e-mail: helio.hissa@hotmail.com.



os novos artigos são contrários à jurisprudência da Corte Superior Trabalhista. A maioria das mudanças é mais favorável aos empregadores.

O objeto deste estudo é analisar, com base em pesquisa bibliográfica, os novos dispositivos processuais inseridos na CLT pela Lei nº. 13.467/2017. Serão verificadas quais alterações representam, de fato, mudanças no trâmite do processo do trabalho e observadas as suas repercussões na jurisprudência do TST, em relação aos enunciados de súmula e Ojs. Será averiguado também quem mais se beneficia com a reforma: se empregados ou empregadores.

Para fins didáticos, este trabalho será subdividido em nove capítulos: competência; prazos; partes e procuradores; petição inicial; audiência; defesa; ônus da prova; recursos e incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

1. Competência

A nova redação do artigo 652, “f”, da CLT, dispõe que compete às varas do trabalho apreciar pedidos de homologação de acordos extrajudiciais, o que será feito em procedimento de jurisdição voluntária, disciplinado nos artigos 855-B a 855-E consolidados.

Os interessados obrigatoriamente terão que estar representados por advogado, o qual pode ser o mesmo para todos, facultando-se ao trabalhador ser assistido pelo caudatário do sindicato de sua categoria profissional. Deverão apresentar petição conjunta, que será analisada pelo juiz no prazo de 15 dias. Este, se entender necessário, designará audiência e, após, homologará, ou não, o acordo, ficando suspenso o prazo prescricional até o trânsito em julgado da sentença que eventualmente negar a homologação.

A reforma altera também o artigo 702, “f”, consolidado, que trata da competência do TST para criar enunciados de súmula. Segundo a nova redação os enunciados de jurisprudência uniforme só poderão ser estabelecidos ou alterados se atendidos os seguintes requisitos: 1) voto de, no mínimo, dois terços dos seus membros; 2) matéria decidida de forma idêntica e por unanimidade em, no mínimo, dois terços das Turmas e 3) as decisões têm que ser proferidas em, pelo menos, 10 sessões diferentes em cada uma das Turmas.

Portanto, uma matéria, para ser sumulada, precisará ser votada por 18 dos 27 ministros, em pelo menos seis das oito Turmas. Serão necessárias 60 sessões de julgamento (10 em cada Turma) e os acórdãos que servirão de precedentes terão que ser unânimes.

Além disso, assevera o §3º do artigo 702 que as sessões de julgamento sobre o estabelecimento ou alteração de enunciados de jurisprudência, inclusive de súmula, também deverão ser públicas e divulgadas com, no mínimo, 30 dias de antecedência. Ademais, será facultada a possibilidade de sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), Advogado-Geral da União, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Essa mudança, ao estabelecer critérios tão rígidos para a construção dos enunciados de jurisprudência, deixa clara a intenção do legislador de restringir a atividade sumular

da Corte Superior Trabalhista e também dos TRTs (Tribunais Regionais do Trabalho). A estes, nos termos do §4º do artigo 702, serão aplicadas as mesmas regras, com o rol equivalente de legitimados para a sustentação oral.

2. Prazos

O CPC (Código de Processo Civil) de 2015, em seu artigo 219, estabeleceu que na contagem dos prazos devem ser computados apenas os dias úteis. O TST, por sua vez, no artigo 2º, III, da IN (Instrução Normativa) nº. 39/2016, que trata da aplicabilidade do novo CPC ao processo do trabalho, dispôs que a este o referido artigo não se aplica.

Contudo, o novo artigo 775 da CLT, em sintonia com o diploma processual civil, assevera que os prazos serão contados em dias úteis, com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento. Ademais, foi incluída, no §1º, I, a possibilidade de prorrogação dos prazos quando o juiz entender necessário e, não, apenas, nos casos de força maior, como era na redação anterior, embora essa hipótese tenha sido mantida no inciso II.

Já o §2º atribui ao juiz o poder de dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção das provas para adequá-los às necessidades do caso concreto, a fim de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional. Trata-se de cópia do artigo 139, VI, do CPC, o que deixa evidente a aproximação que houve entre o processo civil e o do trabalho.

3. Partes e procuradores

Um outro aspecto da reforma trabalhista que terá grande repercussão diz respeito aos requisitos estabelecidos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Isso porque de acordo com a nova redação do artigo 790, §3º, da CLT, aqueles serão concedidos, a requerimento ou de ofício, aos trabalhadores que perceberem salário de valor igual ou inferior a 40% do limite dos benefícios pagos pela Previdência Social.

Quem ganhar mais do que isso e pretender obter a gratuidade processual terá, de acordo com o §4º, que comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais. Estas, segundo o artigo 789, *caput*, da CLT, passam a ter um limite máximo equivalente a quatro vezes o teto dos benefícios pagos pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), que hoje corresponde a R\$5.531,31, de acordo com a Portaria nº. 08, de 13 de janeiro de 2017, do Ministério da Fazenda.

Portanto, o empregado que receber mais do que R\$2.212,52 por mês terá que apresentar, junto com a inicial, provas de sua vulnerabilidade econômica, como a declaração do imposto de renda, por exemplo.

A reforma afastou, para quem ganha mais do que R\$2.212,52, a presunção de hipossuficiência do obreiro consagrada na OJ nº. 304 da SDI-I do TST, segundo a qual a mera declaração do trabalhador, de que não podia arcar com as custas e honorários sem prejuízo do seu sustento e de sua família, bastava para a concessão da justiça gratuita.



Segundo o novo artigo 790-B, *caput* e §4º, consolidado, mesmo os beneficiários da gratuidade processual terão que arcar com os honorários periciais, se sucumbentes no objeto da perícia, desde que tenham obtido, ainda que em outro processo, créditos suficientes para arcar com a despesa. Caso contrário, os honorários serão quitados pela União.

Resta, portanto, parcialmente superado o entendimento firmado na OJ nº. 387 da SDI-I do TST, que atribui ao ente público federal, sem ressalvas, a responsabilidade pelo pagamento do perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da justiça gratuita.

O juiz fixará o montante dos honorários observando o limite estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho e poderá parcelá-lo. Contudo, não é possível que exija adiantamento de valores para a realização da perícia, o que está em consonância com a OJ nº. 98 da SDI-II (Subseção Especializada em Dissídios Individuais II) do TST.

Ainda em relação às partes do processo, a Lei nº. 13.467/2017 introduz na CLT a seção IV-A, que dispõe sobre a responsabilidade por dano processual. Trata-se de alteração com pouca repercussão na prática, uma vez que os artigos 793-A, 793-B e 793-C, *caput* e §§1º e 3º, reproduzem fielmente os artigos 79, 80 e 81, §§1º e 3º, do CPC, que já eram aplicados subsidiariamente e que definem as condutas que se enquadram como litigância de má-fé e as sanções para quem assim agir.

Merece destaque, contudo, que na seara trabalhista a multa por litigância de má-fé pode ser aplicada também à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir informações essenciais ao julgamento da lide, com execução nos próprios autos, hipótese que não está expressamente prevista no CPC.

Ademais, nos processos cujo valor da causa seja inestimável ou irrisório, a multa por litigância de má-fé poderá ser o equivalente a até duas vezes o limite dos benefícios pagos pelo INSS, o que equivale a R\$11.062,62, diferentemente do que ocorre no processo civil, em que a sanção corresponde a, no máximo, 10 salários-mínimos (R\$9.370,00).

Em relação aos advogados, a grande novidade da reforma está no novo artigo 791-A da CLT, que contrariando o enunciado nº. 219, I, da súmula do TST, assegura o pagamento de honorários de sucumbência, mesmo para os que atuam em causa própria, no percentual de 5% a 15% do valor líquido da condenação, ou do proveito econômico obtido, ou quando este não puder ser mensurado, do valor atualizado da causa.

De acordo com os §§1º e 5º do artigo sob comento, os honorários serão devidos também nos processos contra a Fazenda Pública, nos que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria e na reconvenção.

Os critérios que devem ser utilizados para a estipulação do percentual de honorários estão descritos no §2º, que reproduz o artigo 85, §2º, I a IV, do CPC. São os seguintes: grau de zelo do profissional, lugar da prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo despendido por este.

Destaque-se que, nos termos do §3º, haverá condenação ao pagamento de honorários no caso de sucumbência recíproca (procedência parcial dos pedidos), sendo vedada a compensação daqueles.

São devidos os honorários mesmo pelos beneficiários da justiça gratuita que restarem vencidos. Contudo, se não tiverem recebido, ainda que em outro processo, valores suficientes para a quitação da verba de sucumbência, o crédito do advogado ficará com a exigibilidade suspensa e somente poderá ser executado se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, o credor provar que cessou a hipossuficiência econômica do devedor. Caso contrário, superado o biênio, o crédito será extinto.

4. Petição inicial

A reclamação trabalhista continua podendo ser verbal ou escrita. Quando adotar esta forma, segundo a nova redação do artigo 840, §1º, da CLT, deverá conter pedido certo, determinado e com indicação do seu valor, além dos demais requisitos que já eram previstos (indicação do juízo, qualificação das partes, breve exposição dos fatos, data e assinatura do reclamante ou de seu representante).

Assim, a partir da entrada em vigor da Lei nº. 13.467/2017, todos os pedidos terão que ser líquidos, independentemente do rito, a exemplo do que já acontece hoje nos processos que tramitam sob o procedimento sumaríssimo.

Trata-se de uma mudança relevante, uma vez que atualmente não se exige a liquidação dos pedidos quando o processo tramita sob o rito ordinário.

Diferentemente do que ocorre, em regra, no processo civil, não há previsão legal para emenda à inicial, sendo categórico o §3º do citado artigo 840 no sentido de que os pedidos que não atenderem ao disposto no §1º serão extintos sem resolução de mérito.

A nova redação do artigo 840 trará grandes dificuldades aos reclamantes nos casos mais complexos e deverá ser interpretado com temperamentos, a fim de que não implique obstrução ao acesso à Justiça.

5. Audiência

No que se refere à audiência, a primeira alteração significativa é concernente com a representação do reclamado, cujo preposto, de acordo com o artigo 843, §3º, não precisa ser empregado. Superado, assim, o enunciado nº. 377 da súmula do TST, segundo o qual o preposto necessariamente precisava ser empregado, salvo quanto ao empregador doméstico e o micro ou pequeno empresário.

O não comparecimento do reclamado à audiência continua implicando revelia e confissão ficta. Esta, porém, não ocorrerá, de acordo com o artigo 844, §4º, I a IV, se: havendo pluralidade de reclamados, algum deles apresentar contestação; o litígio versar



sobre direitos indisponíveis; a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato, ou se as alegações de fato apresentadas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante nos autos.

Considerando-se que o novo artigo 844, §4º, I a IV, é idêntico ao artigo 345, I a IV, do CPC, que já era aplicado ao processo do trabalho subsidiariamente, a mudança não trará repercussões práticas.

Já o §5º do citado artigo 844 cria uma situação nova ao dispor que serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados mesmo que o reclamado não compareça à audiência, desde que esteja presente o seu advogado. Nessa hipótese, não se poderá mais afirmar que houve revelia, pois esta significa falta de defesa, o que não acontecerá com o recebimento da contestação.

Quanto ao reclamante, tem-se que, de acordo com o artigo 844, §2º, da CLT, se não comparecer à audiência, o processo será arquivado e terá que pagar as custas processuais mesmo que seja beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de 15 dias, que a sua ausência decorreu de motivo legalmente justificável.

É importante destacar que essa exigência de custas dos reclamantes que faltarem à audiência gerará processos de execução com pouquíssima chance de êxito, haja vista que a maioria dos autores são trabalhadores pobres. Assim, na prática, o que acontecerá é que os valores acabarão sendo dispensados por não atingirem o mínimo necessário para sua inscrição em dívida ativa. Em síntese, o que haverá não é o aumento da arrecadação, mas do gasto com a máquina judiciária.

Ressalte-se que o pagamento das custas é condição para o ajuizamento de nova reclamação trabalhista, de acordo com o §3º do artigo 844.

6. Defesa

Nos termos do novo artigo 847, §único, da CLT, o reclamado poderá apresentar sua defesa escrita pelo sistema do PJE (processo judicial eletrônico) até o dia da audiência, o que, na prática, já vem acontecendo.

Após oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá mais desistir da ação sem o consentimento do reclamado, de acordo com o artigo 841, §3º.

Conforme já exposto no capítulo sobre a audiência, a contestação poderá ser recebida nesta se o advogado estiver presente, mesmo que a parte não esteja.

O artigo 791-A, §5º, da CLT, ao prever que são devidos honorários advocatícios de sucumbência na reconvenção, deixou expressa a compatibilidade desta com o processo do trabalho, suprindo a omissão do texto consolidado.

Mudanças significativas ocorreram no que tange à exceção de incompetência territorial.

O artigo 800 da CLT, antes da reforma trabalhista, dispunha apenas que: “Apresentada a exceção de incompetência, abrir-se-á vista dos autos ao exceto, por 24 (vinte e quatro) horas improrrogáveis, devendo a decisão ser proferida na primeira audiência ou sessão que se seguir”.

Segundo a nova redação do artigo 800, *caput*, da CLT, a exceção deverá ser apresentada antes da audiência, no prazo de cinco dias após a citação e em peça “que sinalize a existência desta exceção”. Assim, entende-se que esta continua sendo objeto de petição autônoma.

Dispõem os §§1º e 2º do artigo 800 que, oposta a exceção, os autos desta serão conclusos imediatamente ao juiz, que determinará a notificação do reclamante e dos litisconsortes que eventualmente existam para que se manifestem em cinco dias. O processo principal ficará suspenso, motivo por que a audiência não será realizada.

O §3º assevera que, caso entenda necessário, o magistrado poderá designar audiência para a produção da prova oral sobre a exceção, devendo garantir ao excipiente e às testemunhas que este arrolar o direito de serem ouvidos por carta precatória, no juízo indicado como competente.

Decidida a exceção de incompetência territorial, encerrar-se-á o sobrestamento do processo principal, com a designação da audiência, apresentação da defesa (o que corrobora a tese de que a exceção é autônoma) e a instrução processual, nos termos do §4º.

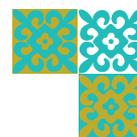
Portanto, houve um aperfeiçoamento da CLT no regramento da defesa do reclamado.

7. Ônus da prova

O artigo 818 da CLT, antes da Lei nº. 13.467/2017, asseverava apenas que o ônus da prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Assim, o texto consolidado tratava a matéria de forma incompleta, de maneira que o CPC era utilizado supletivamente.

Com a reforma, o novo artigo 818, I e II, passou a dispor que o ônus da prova é do autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e do reclamado no que tange aos fatos modificativos, impeditivos ou extintivo do direito do reclamante.

O §1º, por sua vez, autoriza o juízo a inverter, por decisão fundamentada, o ônus da prova, nas seguintes hipóteses: nos casos previstos em lei; se for impossível ou excessivamente difícil à parte desincumbir-se do seu *onus probandi*, ou se for mais fácil ao outro litigante provar o fato contrário. Em qualquer caso, deverá ser dada à parte a oportunidade de se desvencilhar do ônus que lhe foi atribuído.



Essa inversão, contudo, nos termos do §3º, não pode gerar uma situação em que seja impossível ou excessivamente difícil a produção da prova por quem recebeu o ônus.

Tais alterações, em que pese suprimem lacuna da CLT, não terão grande repercussão prática, uma vez que reproduzem o artigo 373, I e II e §§1º e 2º do CPC, que já era aplicado supletivamente ao processo do trabalho. Nesse sentido, inclusive, está o artigo 3º, VII, da IN nº 39/2016 do TST.

Há, contudo, uma novidade que deve ser observada pelos que militam na esfera trabalhista. De acordo com o artigo 818, §2º, da CLT, a decisão que inverter o ônus da prova, conforme autorizado pelo §1º, deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. Assim, o legislador buscou evitar que a parte seja surpreendida com a inversão do ônus da prova na sentença, quando nada mais poderia fazer.

8. Recursos

No que tange aos recursos, a reforma trouxe mudanças quanto ao RR (Recurso de Revista) e aos depósitos recursais.

Foi acrescido o inciso IV, ao §1º-A, do artigo 896 consolidado, atribuindo ao autor do RR que alegar negativa de prestação jurisdicional, o ônus de transcrever, na peça recursal, o trecho dos Embargos de Declaração em que foi requerida manifestação do tribunal *a quo* sobre questão suscitada no Recurso Ordinário, bem como a decisão daquele rejeitando os Embargos quanto à matéria especificada. Tal se faz necessário pra que o TST verifique se houve omissão no acórdão recorrido.

Outra novidade se encontra no §14 do citado artigo 896, acrescido pela reforma, que autoriza o relator do RR a denegar-lhe seguimento, por decisão monocrática, quando constatar intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou a ausência de qualquer pressuposto extrínseco ou intrínseco de admissibilidade recursal.

Destaque-se também o novo §1º do artigo 896-A da CLT, que disciplina a transcendência, pressuposto recursal do RR incluído pela Medida Provisória nº. 2.226/2001, mas que não vinha sendo exigido porque não estava regulamentada.

Dispõe o referido §1º que são indicadores da transcendência, dentre outros: econômica, o elevado valor da causa; política, o desrespeito à jurisprudência sumulada do TST e do STF (Supremo Tribunal Federal); social, a postulação de direito social constitucionalmente assegurado e, jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

O §2º do artigo 896 autoriza o relator a denegar seguimento, monocraticamente, ao RR que não demonstrar transcendência, cabendo Agravo dessa decisão, salvo se o re-

lator considerar ausente a transcendência da matéria em AIRR (Agravo de Instrumento em Recurso de Revista), hipótese em que, nos termos do §5º, a decisão será irrecurável.

Ressalvado o caso do AIRR, quando o relator considerar que não houve transcendência, o recorrente poderá fazer, na sessão de julgamento do Agravo, sustentação oral sobre o tema, durante cinco minutos, conforme preceitua o §3º do artigo 896. Se o colegiado mantiver o entendimento do relator, dispõe o §4º que será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que será irrecurável no âmbito do tribunal.

Por fim, é importante ressaltar que o juízo de admissibilidade do RR feito pelas Presidências dos TRTs não abrangerá, de acordo com o §6º, a existência, ou não, da transcendência. Assim, esse pressuposto será analisado apenas pelo TST.

No que tange ao depósito recursal, houve cinco mudanças nos parágrafos do artigo 899 consolidado.

A primeira é que, de acordo com a nova redação do §4º, o depósito recursal não será mais feito na conta vinculada do FGTS do empregado, mas em conta à disposição do juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança. Por consequência, foi revogado o §5º, segunda mudança importante, que determinava que a empresa abrisse a conta do FGTS do trabalhador que não a tivesse.

A terceira modificação relevante está no §9º, que não existia antes da reforma, o qual reduz pela metade o valor do depósito recursal para as entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

Quanto às entidades filantrópicas, as empresas em recuperação judicial e os beneficiários da justiça gratuita, passam a ser isentos do depósito recursal por força do novo §10.

A última alteração está no §11, que permite a substituição do depósito recursal em dinheiro por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

9. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

O *caput* do novo artigo 855-A da CLT assevera que se aplica, ao processo do trabalho, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133 a 137 do CPC.

Por sua vez, o §1º deixa claro que a decisão que acolhe ou rejeita o incidente é de natureza interlocutória, da qual não cabe recurso de imediato se proferida na fase de cognição, nos termos do artigo 893, §1º, consolidado.

Entretanto, se for proferida na fase de execução, caberá Agravo de Petição, independentemente de garantia do juízo.



No caso de o incidente ser instaurado originariamente no tribunal, da decisão prolatada pelo relator, acolhendo-o ou rejeitando-o, caberá Agravo Interno.

De acordo com o §2º, a instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo da concessão da tutela de urgência, de natureza cautelar, prevista no artigo 301 do CPC.

Esse novo artigo 855-A supre a omissão da CLT sobre o tema, mas como se trata é bastante semelhante ao artigo 6º da IN nº. 39/2016 do TST, não implicará mudanças no que já vinha acontecendo antes da reforma quanto ao processo de conhecimento. No que tange à execução, porém, haverá significativo impacto, pois ao contrário do citado artigo 6º, o 855-A não autoriza a instauração do incidente de ofício.

10. Considerações finais

A Lei nº. 13.467/2017 trouxe significativas mudanças processuais na fase de conhecimento, com implicações relevantes na jurisprudência do TST.

Quanto ao reclamante, terá que formular pedidos líquidos mesmo se o processo tramitar sob o rito ordinário, sem possibilidade de emendar a inicial. Se ganhar mais do que R\$2.212,52, precisará comprovar sua hipossuficiência econômica para que lhe seja concedida a justiça gratuita e, mesmo sendo beneficiado com esta, independentemente da renda, terá que arcar com honorários periciais e advocatícios se receber crédito suficiente para tanto, ainda que em outro processo. Se faltar à audiência e não apresentar, em 15 dias, motivo legalmente justificável, terá que pagar as custas processuais. Além disso, o depósito recursal, garantia da execução, passa a ser corrigido pelo índice da caderneta de poupança e é reduzido à metade ou até mesmo dispensado, dependendo de quem seja o empregador.

No que tange ao empregador, por outro lado, a reforma foi bem mais benevolente. Acabou com a necessidade, reconhecida pela jurisprudência, de o preposto ser empregado. Possibilitou o recebimento da contestação mesmo que o representante do patrão não compareça à audiência, mas apenas o advogado. Autorizou a substituição do depósito recursal por fiança bancária ou seguro garantia judicial. Reduziu à metade o valor do depósito recursal e até dispensou este, dependendo de quem seja o empregador, conforme já exposto.

Assim, independentemente de as mudanças serem acertadas ou não, o fato é que o processo do trabalho, após a reforma trabalhista, é mais favorável ao empregador, na fase de conhecimento, do que era antes.

Em relação ao trabalhador, ainda que tenham havido mudanças que lhe foram benéficas, como a positivação da inversão do ônus da prova, a maioria das alterações lhes são desfavoráveis, quando comparadas com as normas processuais anteriores à Lei nº. 13.467/2017.

No que tange ao impacto da reforma na jurisprudência do TST, tem-se que restaram superados, ainda que parcialmente, os enunciados n.ºs. 219, I e 377 da súmula do TST e as Ojs 304 e 387 da SDI-I do TST. Por outro lado, foi positivado o entendimento firmado na OJ n.º 98 da SDI-II da Corte Superior Trabalhista.

11. Referências

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de mar. 2016. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. Lei n.º 13.467, de 13 de jul. 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n.º 203, de 15 de mar. 2016. **Edita a Instrução Normativa n.º 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a-27f1fe>>. Acesso em: 30 jul. 2017

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2011.



O Dano Moral Analisado a luz da Teoria Crítica do Valor

Um estudo sobre a possibilidade de exclusão da capacidade do ofendido para quantificar a indenização por dano moral praticada pelo empregador

Jéssica Coimbra Santos¹

Vander Luiz Pereira Costa Júnior²

Resumo: O presente estudo tem por objeto debater de forma aprofundada a pertinência da exclusão da capacidade do ofendido no momento da quantificação da indenização por dano moral, analisando se ao retirar-se tal critério teremos uma quantificação da indenização de forma mais justa, igualitária e mais próxima do sentimento humano, vez que busca-se a compensação de cunho moral, havida após a extinção do contrato de trabalho ou mesmo durante a vigência do contrato laboral. O Dano Moral advindo das relações de trabalho é matéria de grande importância para ordenamento jurídico brasileiro, considerando nessa espécie de relação existe a subordinação do trabalhador em prol de seu empregador e, aquele é hipossuficiente dentro da relação instaurada, não alcançando nas lides instauradas na Justiça do Trabalho diminuir o desequilíbrio existente entre as partes, devendo assim, ser excluída a capacidade do ofendido para que desapareçam as desigualdades da relação.

Palavras-Chave: Dano Moral. Capacidade do Ofendido. Valor Humano. Enriquecimento Ilícito. Critérios da quantificação.

1. Introdução

O valor humano é essencial para o ordenamento jurídico brasileiro, estando inserido na categoria de direito fundamental, sendo um direito indisponível e intransferível previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988. O instituto do dano moral tem seu apogeu no direito brasileiro com a vigência da Carta Magna de 1988 ao validar como cláusula pétreia, os direitos fundamentais e sociais destinados às pessoas humanas.

Preliminarmente verifica-se que a capacidade econômica do ofensor e a do ofendido, em inúmeros casos levados a análise da Justiça do Trabalho, determina diretamente o valor auferido a título de dano moral, além do próprio tipo de dano em si. Assim, partindo de uma análise ainda primária, é possível perceber que a depender da natureza do dano e do cargo ocupado pelo trabalhador à quantificação da indenização varia drasticamente, demonstrando, mesmo que de formato residual, o tratamento de coisa dada ao ser humano por outro ser humano.

O objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade de retirada do critério da capacidade do ofendido no momento da quantificação da indenização para que esta seja efetuada de forma mais justa, igualitária e mais próxima do sentimento humano, vez

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL.

² Orientador. Mestre em Políticas Sociais pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Membro do Núcleo de Estudo do Trabalho. Advogado.

que busca-se a compensação de cunho moral, havida após a extinção do contrato de trabalho ou mesmo durante a vigência do contrato laboral.

A necessidade de debate deste tema é grande, pois se trata de um problema social, o qual envolve principalmente a saúde e o bem-estar dos envolvidos, refletindo diretamente nas questões da sociedade, quando passamos a ter um problema que não tem total solução.

2. Dano Moral

2.1 Conceito e características

A Constituição Federal brasileira traz em seu Art. 5º, incisos V e X (BRASIL, 1988) o que seria dano (moral, material e a imagem), nesta perspectiva a Constituição assegurou não só o direito de resposta aos danos, ali conceituado como agravos, mas também corroborou os direitos invioláveis passíveis de total compensação ao lesionado desde que efetivamente demonstrado.

Inspirado nos ensinamentos kantianos o doutrinador Cristiano Chaves de Farias diz ser a dignidade é um valor espiritual e moral da pessoa, que constitui dado prévio ao direito. Trata-se de qualidade intrínseca da pessoa humana. Não obstante a este conceito, continua afirmando que a dignidade não é apenas um valor, um a priori, mas um princípio que não pode ser conceituado de maneira rígida, assim tratar-se-ia de “*conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento*”. (FARIAS; ROSANVELD; BRAGA NETTO. 2014. Pag. 53-55)

Partindo desta premissa, o dano moral enquanto conceito sofreu muitas variações ao longo dos anos, passando a ser entendido como um vetor de reparação contra todas as práticas abusivas e maléficas perpetradas contra as pessoas, inclusive no ambiente de trabalho, regulando assim, as relações trabalhistas e modulando os limites do poder diretivo que possui o empregador para com seus empregados.

Assim, superando tais descrições históricas nos deparamos na atualidade com o dano moral conceituado de formas distintas pelos doutrinadores brasileiros, tendo, todavia, seu ponto central o artigo 186 do Código Civil de 2002, que é tratado como instituto da responsabilidade civil, sendo dividido na doutrina entre duas teorias clássicas: a teoria objetiva e a teoria subjetiva. Para tais teorias será subjetiva aquela onde a vítima tem o ônus de provar a culpa de quem causou o dano, e, será objetiva quando aquele que obtém vantagens ao exercer determinada atividade responderá pelos prejuízos que tal atividade venha a causar.

Importante destacar que para nascer o dever de reparar deve haver em primeiro lugar a prática de um ilícito, ou seja, uma violação jurídica passível de responsabilização civil do infrator, sendo de extrema relevância destacar que o ilícito praticado não é o mero



aborrecimento corriqueiro vivido pelo “homem médio”, mas sim aquele além da normalidade passível de causar transtornos irreparáveis à vítima.

Diferentemente dos conceitos já trazidos acima, Anderson Schreiber (2009) esclarece que há um reconhecimento da ressarcibilidade do dano não patrimonial veio, por toda parte, permeando de referências à tradição do *pretium doloris* ou *pecunia doloris*, ou seja, o preço da dor e do sofrimento, cuja reparação em dinheiro, em abordagem histórica, repugnava à moral³.

Seguindo esta premissa, na busca de conceituar de forma mais complexa e ampla, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem dano moral como “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”, devendo assim adotar para tanto um sentido aprofundado da própria noção de pessoa humana, conforme os próprios buscam explicar. (FARIAS; ROSANVELD; BRAGA NETTO. 2014. Pag. 336)

A partir da adoção do conceito concebido ao dano moral que passamos a entender a essencialidade do cuidado com os direitos da personalidade do trabalhador, principalmente em relação a sua saúde, pois o dano moral vai além da dor física, ela busca abranger a dor psíquica e todos os prejuízos relacionados à lesão não abarcados pelo dano material.

Não obstante disso, vê-se a dificuldade de chegar-se a valores equânimes e adequados para suprir a dor da alma humana, mas será mesmo que esta dor pode ser mensurada de forma precisa e real por um terceiro imparcial? Bem, nem sempre isso ocorre de forma satisfatória, por este mesmo motivo é que Brandão (2006) afirma que:

“é irrelevante que se exija a repercussão social do dano sofrido na comunidade, na medida em que a lesão se passa no plano interno. A dor humana não se comunica de uma pessoa para outra. As feridas internas não cicatrizam com o uso de medicamentos tópicos (...)”⁴.

Essencial afirma que, não há necessidade de repercussão externa para que seja configurado o dano moral passível de indenização, vez que o dano está insito à própria ofensa e ao fato que a gerou. Destaco ainda que, o fato o dano é provado através da prova de existência do próprio dano em si, podendo este ser de natureza patrimonial ou não.

Concluo, neste sentido, que o dano moral é apreendido na doutrina e na jurisprudência majoritária como uma forma de compensação em dinheiro da lesão suportada pelo indivíduo vítima da lesão de natureza moral, mesmo que a dor humana não possa ser passível de quantificação pecuniária, conforme demonstrado exaustivamente acima. Além disso, na atual conjuntura econômica e social em que vivemos, não vislumbro outra maneira de compensar uma lesão moral se não pelo constrangimento do ofensor ao

³ SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. 2ª Edição. Atlas. São Paulo: 2009, p. 127.

⁴ BRANDÃO, Claudio. Acidente de Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. São Paulo: LTR, 2006, página 161.

pagamento de indenizações materiais, não podendo tais indenizações ser tratadas pelo ofensor como sendo meras despesas corriqueiras em seu patrimônio.

2.2 A quantificação do dano moral

“Cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é” (VELOSO, Caetano. Dom de iludir).

Parafraseando Caetano Veloso tenho a plena certeza que a quantificação por danos morais no ordenamento brasileiro tem sido uma tarefa a cada dia mais difícil e desafiadora aos magistrados que são encarregados de tal função, vez que a indenização vai além do dano e alcança esferas complexas e profundas do sentimento humano.

Tomado pelo mesmo pensamento e entendimento Cristiano Chaves de Farias (2014) entende de maneira plena tratar-se a subjetividade humana como uma dimensão etérea e impalpável⁵. Assim, baseado nas palavras do referido autor, não seria possível quantificar-se o dano de natureza moral em pecúnia, porque este foge daquilo que é palpável e dimensionado em dinheiro.

A indenização deve levar em conta fatores como a extensão do dano sofrido, lastreado pelo critério socioeconômico e cultural, bem como, a fixação deste valor deve obedecer ao caráter inibidor e a duas finalidades básicas, quais sejam compensar a dor, o constrangimento ou sofrimento da vítima e punir o infrator.

O Ministro João Oreste Dalazen nos ensina que para a fixação do valor da indenização por dano moral deve ser entendida e aplicada da seguinte forma, senão vejamos:

“1. compreender que o dano moral em si é incomensurável; 2. considerar a gravidade objetiva do dano; 3. levar em conta a intensidade do sofrimento da vítima; 4. considerar a personalidade (antecedente, grau de culpa, índole, etc.) e o maior ou menor poder econômico do ofensor; 5. não desprezar a conjuntura econômica do país; 6. pautar-se pela razoabilidade e equidade na estipulação, evitando-se, de um lado, um valor exagerado e exorbitante, a ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa, ou à especulação, ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, evitando-se um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, a ponto de não cumprir a função inibitória.” (DALAZEN, 1999, p. 69-84.).

Havendo indenização do dano provocado, sendo este exclusivamente moral, não se repara apenas o “*pretim doloris*”⁶, mas busca-se restaurar a dignidade daquele que fora ofendido, assim como prover a satisfação compensatória.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSANVELD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: Teoria Geral da Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil em Espécie. VOL 3. Edição 2014. Ed. JusPodivm. Salvador. Pag. 332.

⁶ Palavra advinda do Latim. Expressão significa o preço da dor, em português, sendo utilizada por muito como sendo sinônimo de indenização por dano moral.



A indenização por dano moral não significa necessariamente o *pretium doloris*, assim entende o juiz Edilson Soares de Lima (2015)⁷, porque essa, verdadeiramente, nenhum dinheiro paga, mas, por outro lado, pode perfeitamente atenuar a manifestação dolorosa e deprimente de que tenha sofrido o trabalhador lesado.

Nesse sentido, a indenização em dinheiro, na reparação dos danos morais, é meramente compensatória, não podendo ser entendida de outra forma, já que não se pode restituir ao lesionado ao estado inicial, como se faz na reparação do dano material. Portanto, embora represente uma compensação à vítima, a reparação do dano moral deve, sobretudo, constituir uma sanção ao ofensor, sobretudo em um país de base capitalista como o Brasil, onde os interesses econômicos estão sempre sobressaindo.

Temos como elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil por danos morais a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. Entendo como conduta humana toda ação ou omissão voluntária e plenamente consciente perpetrada em face de alguém, a qual tem como intenção causar um prejuízo ou dano, pois o ato ilícito se revela como uma conduta voluntária que transgride um dever jurídico.

Para Sérgio Cavaliere Filho (2012) para se presumir o dano moral pela simples comprovação do fato, esse fato tem que ter a capacidade de causar dano, o que se apura por um juízo de experiência⁸. Ou seja, para este autor o próprio fato em si tem que ser de tal gravidade que bastando à comprovação de sua ocorrência é nítida a lesão sofrida, não precisando que aquele que foi ofendido prove as consequências e os danos decorrentes de tal prática.

Em contrapartida, Schreiber (2009) entende que “o dano não consiste, em definitivo, na lesão a um interesse tutelado em abstrato, mas na lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela”⁹, sendo esta uma posição à margem daquela trazida pelos demais doutrinadores no campo da responsabilidade civil, a qual é adotada por alguns juristas brasileiros em suas argumentações sobre a pertinência do dano moral aplicada ao caso concreto.

Neste contexto, em face do todo já exposto, entendo que a doutrina majoritária adota o entendimento que o valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo magistrado no momento em que proferir sua sentença, de maneira a servir, por um lado, de “consolo” para a dor psíquica sofrida pelo trabalhador, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro lado, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria repreensão ao ofensor, a fim de evitar a reincidência do empregador-ofendido na mesma prática lesiva, bem como demais práticas consideradas lesivas aos trabalhadores.

⁷ TRT-2 - RO: 01900008520095020316 SP 01900008520095020316 A20, Relator: EDILSON SOARES DE LIMA, Data de Julgamento: 15/09/2015, 6ª TURMA, Data de Publicação: 21/09/2015

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. Atlas. São Paulo: 2012. Pag. 97.

⁹ SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. 2ª Edição. Atlas. São Paulo: 2009, Pag. 189

Há na doutrina quem entenda que a indenização por danos morais teria uma dupla finalidade, a exemplo de José Cairo Junior (2013)¹⁰, o qual informa que o dano moral tem finalidade pedagógica e compensatória. Para ele no caso da finalidade pedagógica, a condenação do ofensor funciona como punição, objetivando evitar que ações idênticas ou semelhantes não mais se repitam, assim como no caráter compensatório da indenização tem o escopo de propiciar conforto e alegria ao ofendido, como forma de contrabalançar a tristeza e o desconforto sofrido em decorrência da ação lesiva¹¹.

O Ministro Vieira de Mello Filho (2005) no julgamento do recurso de revista do processo 153140-22.2005.5.15.0136 afirma:

“a indenização moral deve ser arbitrada em valor justo e razoável, levando-se em consideração o dano causado ao empregado, às condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade psicológica e íntima”.

O Novo Código Civil, Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015, em seu artigo 292, inciso V, contém uma nova forma de quantificação dos danos morais nas demandas ajuizadas após a vigência da presente Lei, vez que o próprio autor da ação deve quantificar de forma pecuniária seu dano, fugindo totalmente da lógica jurídica sustentada pelos tribunais até então. Haveria, neste sentido, uma quebra de parâmetro deixando a rigor da própria vítima lesionada informar o ‘valor’ da sua dor pela extensão do seu dano, creio nesta perspectiva que isso foge totalmente da razoabilidade e prestação que deve o judiciário prestar.

Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho – TST – editou a Instrução Normativa nº 39, a qual dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva, informando que se aplica ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade o art. 292, V que versa sobre o valor pretendido na ação indenizatória, inclusive aquelas fundadas em dano moral. Sendo assim, o Tribunal Superior do Trabalho, no meu entendimento, assegurou que deve as causas de ação indenizatória, incluindo aquelas as quais trazem como fundamento o pleito de dano moral deve apontar o valor pretendido pelo autor no momento do ingresso da ação.

Não obstante a isso, a Lei nº 13.467/2017 irá inserir na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT o Título II-A, denominado de “Do Dano Extrapatrimonial”, contendo sete artigos que disporão sobre os critérios para reparação de danos extrapatrimoniais, ou seja, todos os danos que não sejam materiais, todavia a citada lei entrará em vigor depois de decorridos 120 (cento e vinte) dias da data de sua publicação oficial – DOU 14.07.2017. Este acréscimo feito na CLT pela lei 13.467/2017 estabelece as normas e parâmetros referentes

¹⁰ CAIRO JUNIOR, José. Dano Moral: Reflexões sobre o Instituto na Órbita Trabalhista. Site: Regras Trabalhistas. Disponível em: <<http://www.regrastrabalhistas.com.br/artigos/47-dano-moral/3830-dano-moral-reflexoes-sobre-o-instituto-na-orbita-trabalhista#ixzz46NgZyLPu>>.

¹¹ CAIRO JUNIOR, José. Dano Moral: Reflexões sobre o Instituto na Órbita Trabalhista. Site: Regras Trabalhistas. Link :<http://www.regrastrabalhistas.com.br/artigos/47-dano-moral/3830-dano-moral-reflexoes-sobre-o-instituto-na-orbita-trabalhista#ixzz46NjcaLg5>



aos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho, nos artigos 223-A a 223-G, o que convalida que a situação social e econômica das partes envolvidas se tornarão requisitos essenciais no momento da quantificação dos valores das indenizações.

No mais, os recursos pautados exclusivamente na redução dos valores deferidos a título de condenação podem causar instabilidade judiciária, nos variados graus de jurisdição, ou mesmo podem trazer condenações mais justas. Entendo também que tal instabilidade suscitada pode macular o processo como um todo, já que temos a vedação à realização de pedidos genéricos sobre o valor da indenização por danos morais, e defendendo neste sentido a possibilidade de pedido genérico, dentro das demandas de natureza trabalhista, em relação à quantificação dos danos morais.

3. Breves considerações sobre o Dano Moral nas Relações Trabalhistas

Garantir a integridade física e mental do empregado é uma obrigação imposta à empresa, sem exceção, pois existe a plena consciência de uma proteção ao trabalhador pelo Direito do Trabalho, mediante cláusulas implícitas e seus princípios norteadores, conforme dispõem os Arts. 196 e 197 da Constituição Federal, em que a saúde é direito de todos sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde.

Para Antunes (2013), é essencial a compreensão das formas contemporâneas de agregação do valor-trabalho, uma vez que a mais-valia não é extraída apenas do plano material do trabalho, mas também do imaterial, intensificando as condições da exploração da força de trabalho através da diminuição ou mesmo eliminação do trabalho improdutivo¹².

A pretensão de pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão da conduta negligente da empresa quanto aos seus empregados tem cunho constitucional, eminentemente civil, e de natureza compensatória, seja da ofensa moral, seja da material ou, ainda, estética, todas decorrentes da relação de trabalho (CF, artigo 5º, X c/c artigo 7º, XXVIII), devendo, pois, ser aplicada a prescrição prevista na legislação civil (CC/2002, artigo 205).

Desta forma, o dano moral na área trabalhista atinge fundamentalmente bens incorpóreos do trabalhador ofendido, como a imagem, a honra, a privacidade, a intimidade, a autoestima, entre outros. Daí porque, persiste a desnecessidade de a vítima provar a efetiva existência da lesão em si na instrução do processo, bastando à presteza em comprovar a existência do fato lesivo ao patrimônio moral.

No mais, sem que se constitua fonte de enriquecimento ou de agravo econômico, a reparação por dano moral trabalhista, revelando a sua face pedagógica, adquire contornos de uma tutela inibitória paralela à tutela ressarcitória, que muito pode contribuir para a diminuição das lesões trabalhistas. Aqui é importante destacar que a tutela ressarcitória

¹² ANTUNES, Ricardo. Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. Coimbra: CES/Almedina, 2013, Disponível em: <http://configuracoes.revues.org/2192>.

é igualada por muitos magistrados e doutrinadores como sendo sinônimo de compensação moral dentro da ação indenizatória.

Para o doutrinador e professor José Cairo Junior:

“o dano moral corresponde ao resultado de uma ação ou omissão que implique, de forma necessária, ofensa a um bem não avaliável economicamente. Quando esse dano efetiva-se em decorrência do cumprimento de obrigações derivadas da execução e extinção do contrato de trabalho, seja pelo empregado ou pelo empregador, recebe a denominação de dano moral trabalhista, classificado como efeito indireto ou conexo do contrato de trabalho”. (CAIRO JUNIOR, 2013).

Assim, para ser dito como dano moral trabalhista, José Cairo Junior adota o posicionamento de que é necessário que este dano seja derivado da relação trabalhista como um todo, ou seja, deve este dano ter vinculação com toda a relação de trabalho pactuada entre as partes, podendo emanar de variadas ofensas, não tendo limite de configuração, vez que as relações de labor são mutáveis.

A caracterização do direito à reparação do Dano Moral Trabalhista, no plano subjetivo, depende da concordância dos seguintes elementos: a) o impulso do agente (ação ou omissão); b) ato ilícito; c) o resultado lesivo - o dano; e d) o nexos etiológico de causalidade entre o dano e a ação alheia. Como impulso do agente temos a ação ou omissão, seja ela dolosa ou culposa, a qual contribuiu para o acontecimento do ato ilícito que acometeu o empregado. Já o ato ilícito é toda conduta entendida como não lícita, ou melhor, conceituada como proibida dentro do ordenamento jurídico, a qual tende a causar prejuízo à terceiro. O resultado lesivo, assim, seria o próprio dano gerado ao trabalhador, este dano em seus variados aspectos e formas. O nexos etiológico trata-se do próprio liame (conexão) entre a conduta perpetrada pelo empregador e o dano que acometeu o trabalhador lesado.

O doutrinador Gonçalves (2011) afirma que “a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor”¹³, sendo esta a posição majoritária que prevalece na jurisprudência e doutrina. Em decisão jurisprudencial o Desembargador Elvecio Moura dos Santos (2015) adota posição de que “para a configuração do dano moral trabalhista é necessário que haja violação aos chamados direitos de personalidade do indivíduo enquanto trabalhador”¹⁴, desta forma para que a Justiça do Trabalho julgue as causas em que haja a incidência de dano moral trabalhista este deverá atingir a personalidade da pessoa enquanto trabalhador dentro da relação laboral. Ainda ressalta que “o empregado e o empregador devem pautar-se pela respeitabilidade, sobretudo nas relações de trabalho, face ao caráter sinalagmático da contratação, gerando direitos e obrigações para ambos”.

Por estas razões, temos plenamente uma forma de quantificação e caracterização do dano moral dentro da jurisprudência trabalhista mais aperfeiçoada, um tanto rigorosa e em partes prejudicial ao lesado, porque foram acrescentados critérios àqueles expressos

¹³ GONÇAVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 4: responsabilidade civil. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, Pag. 395.

¹⁴ TRT-18 - ROPS: 00109897520155180014 GO 0010989-75.2015.5.18.0014, Relator: ELVECIO MOURA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 23/11/2015, 3ª TURMA. Acesso em 20/04/2016 às 13h07min.



no instituto de responsabilidade civil, o que em muitos momentos favoreceria o ofensor causador do dano. Ao afirmar que em parte estes novos critérios seriam prejudicial ao lesado, volto-me a adoção pela jurisprudência trabalhista do critério da capacidade das partes e o enriquecimento ilícito do lesado ao ter em prol deste uma condenação em valor elevado contra a empresa causadora da lesão, matéria que será discutida e demonstrada mais a frente.

3.1 O dano moral aplicado nos casos de acidente de trabalho na Justiça do Trabalho

Não é mais plausível que o Direito do Trabalho, diante da sua importância transcendental, continue a se preocupar apenas com a tutela de reparação, espelho e imagem do direito obrigacional clássico. Vale dizer, não cabe apenas à preocupação com questões envolvendo aviso prévio, horas extras, FGTS, terceirização, dentre outras, e se alheie para uma competência material que invade o seu universo, com interesse público-coletivo, qual seja a saúde do trabalhador e a extensão das práticas dolosas de dano moral perpetradas pelas empresas em prol de seus trabalhadores.

Em uma perspectiva mais prospectiva e pós-positivista, o art. 225 da Constituição de 1988 estatui que todos têm o direito ao meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, devendo este ser garantido em todas as esferas (federal, estadual e municipal) e órgãos judiciários. Sendo assim, deve ser resguardada de toda a forma a saúde do trabalhador, não se admitindo tratamento como se objetos descartáveis fossem, pelo contrário, busca o texto Constitucional elevar o trabalho a categoria de direito fundamental e inerente à condição humana, devendo ser seu ambiente preservado.

Ademais, o desembargador Renault (RENAULT, Luiz Otavio Linhares, 2009) assevera que o trabalho humano não é uma mercadoria, jamais deve ser entendido desta forma e nenhuma empresa é apenas o conjunto de bens materiais e imateriais, destituída de compromisso social.

Já na antiguidade, os reis Leão XII e João XXIII pregaram que o trabalho não pode ser desprezado da pessoa humana, e que a empresa também é um conjunto de pessoas humanas, sendo assim, o trabalho é, simultaneamente, um direito e um dever social. Por este motivo, não podemos esquecer que o próprio conceito de “trabalho”, ao longo da história em geral, passou por inúmeras transformações, passando da categoria castigo, destinado àqueles indignos e subalternos, para ser considerado como fator de dignidade, pois “todo trabalho dignifica o homem”, já afirmam os pensadores e filósofos.

Por ser o trabalho uma condição da própria existência humana, devemos entendê-lo como essencial na vida das pessoas. Não obstante a isso, a concessão de direitos do trabalhador expressa na Carta Magna e reafirmada através da própria Justiça do Trabalho deve ser assegurada nas mais variadas formas, como forma de resguardar os direitos humanos em geral, principalmente reafirmar a importância do trabalho na sociedade.

O lucro e o homem estão em polos opostos na sociedade pós-moderna, mas o direito proporciona instrumentos interdisciplinares aptos à aproximação deles, estabelecendo novos critérios de responsabilidade civil em área social tão sensível, qual seja a teoria do risco. Assim, aquele que almeja o lucro pelo exercício de determinada atividade econômica com o concurso de empregados, tem de se alinhar à finalidade social do trabalho, conforme art. 5º, inciso XXIII da CF c/c art. 7º, da CF, devendo, portanto, indenizar os danos físicos e psíquicos que os empregados sofrem em decorrência de suas funções, tudo isso sem esquecer-se que toda a humanidade está no mesmo barco, quando se trata da saúde, da preservação da raça humana e da sustentabilidade do planeta.

Assevera Robert Kurz (2003)¹⁵, neste contexto que, originariamente o “trabalho” abstrato não foi um “direito” pelo qual todos teriam ansiado, mas uma relação de coerção, imposta com violência de cima para baixo. Neste sentido, observamos explicitamente a transformação do trabalho e a importância da Justiça do Trabalho dentro de tais relações para que os seres humanos não continuem sendo tratado como meras “máquinas de fazer dinheiro”, como identifica o próprio Kurz.

Pela grande expansão econômica que o sistema capitalista proporciona nos atuais moldes temos como consequência a existência de avalanche de novos casos de dano moral dentro das relações de emprego. Esta tem sido fortemente combatida através de medidas adotadas pela própria JT¹⁶ em conjunto com o Ministério Público do Trabalho (MPT) e as Superintendências Regionais do Trabalho (SRT)¹⁷, as quais inclusive prestam informações aos trabalhadores e proporcionam meios mais eficazes de combate ao dano moral em suas variadas espécies, como por exemplo, a denúncia anônima.

Todavia, apesar da adoção de medidas por partes dos órgãos trabalhistas, bem como pela difusão de informação aos trabalhadores, ainda é preocupante o crescimento de novos casos de dano moral, nas variadas modalidades, dentro do ambiente laboral. A imprudência e ‘certeza’ de impunibilidade, ou em último caso indiferença, tem levado ao progressivo aumento dos casos de acidente laboral por culpa do empregador, pois entendem os empresários que existe na sociedade um “exercito de reserva” pronto para assumir o posto de trabalho do empregado acidentado.

3.2 Atendimento das finalidades como inibidor de novos casos

Mais do que nenhuma outra, a reparação moral trabalhista tem um forte sentido inibitório, porque o trabalho humano, conforme já exaustivamente demonstrado, não é uma mercadoria, nem uma empresa é apenas o conjunto de bens materiais e imateriais, destituída de compromisso social, sendo que o trabalho não pode ser despreendido da

¹⁵ Publicado na Folha de São Paulo de 16.03.2003 com o título Paradoxos dos direitos humanos e tradução de Luis Repa. Título original *DIE PARADOXIEN DER MENSCHENRECHTE*.

¹⁶ Sigla utilizada para designar a Justiça do Trabalho dentro do âmbito nacional, largamente aplicada nas sentenças em todas as instancias, bem como em reportagens e doutrina.

¹⁷ As Superintendências Regionais do Trabalho antes de 2012 eram denominadas de Delegacias Regionais do Trabalho (DRT), e são responsáveis junto com o Ministério Público do Trabalho a promover a fiscalização, auditorias, entre outros, dentro da esfera da organização do trabalho.



condição da pessoa humana. Assim sendo, entendo que o trabalho é, concomitantemente, um direito e um dever social, o qual deve sempre ser respeitado e resguardado.

Em face disso, não pode a empresa dentro no decorrer do desempenho de sua atividade tratar a pessoa humana como um objeto descartável, ou mesmo, mero objeto para obtenção de lucros sem fim, afastando-se integralmente dos preceitos esculpidos na Constituição Federal Brasileira de 1988, assim, em seus artigos 5º e 7º, *caput* e incisos, o texto constitucional eleva ao patamar de direitos indisponíveis a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a saúde e a vida.

Apesar das constantes condenações impostas pelo Judiciário Trabalhista às empresas ‘infratoras’ nota-se que estas adotam postura contumaz e persistente na prática de ilícito de natureza moral contra seus empregados.

A adoção do critério de capacidade econômica das partes, ao meu entender, causa um desequilíbrio ainda maior na relação laboral, qual deveria ser igualada pelo magistrado dentro da demanda instaurada, pois a própria relação trabalhista por si só não contém igualdade entre as partes, já que estas estão em posição vertical uma em relação à outra.

Igualmente, o quociente de entendimento do lesionador mede o seu grau de compreensão a respeito do seu ato lesivo, não devendo este ser em nenhum momento descartado ou menosprezado pelo magistrado ao analisar o caso concreto, inclusive, deve o próprio julgador levar em consideração a reiteração na prática dolosa perpetrada em face de seus trabalhadores, nunca subestimando os índices obtidos.

Pois bem, o grau de entendimento do lesionador, aqui abordado como empregador, é proporcional ao seu nível social, educacional, econômico e religioso, porque, quanto maior o estado de consciência do empregador sobre os fatos da vida, da economia e do mundo (leis, dinâmica social, relacionamento, compreensão religiosa, educação, respeito pelos direitos do próximo, grau de cultura, sociabilidade, sistema econômico, investimentos, política, etc.), maior deve ser a sua responsabilidade diante dos acontecimentos dentro da relação empregatícia, por ser altamente consciente dos seus deveres para com a sociedade, pois ele empregador detém os meios hábeis para evita-lo e não o fez, ou se feito, não foi suficiente para impedi-la.

Destarte, o caráter inibidor da reparação/compensação adveio dentro da perspectiva de prevenção ao acontecimento de novos casos e, como meio coercitivo de punição aos empregadores, sendo uma maneira de punição às práticas lesivas, através do ataque ao órgão mais sensível de uma empresa, “o bolso”. Todavia, percebo a ineficiência do caráter inibidor da indenização por danos morais, em relação a algumas empresas, porque estas empresas prosseguem executando práticas danosas em face de seus funcionários, não sendo integralmente eficaz a atribuição de indenizações economicamente baixas para convalidar o potencial do caráter inibidor do dano moral.

4. Enriquecimento ilícito e a capacidade econômica do ofendido aplicado à jurisprudência do TST

O Ministro Vieira de Mello Filho no julgamento do recurso de revista do processo 153140-22.2005.5.15.0136 afirma ser difícil à tarefa de se pesar a dor moral imposta a alguém. Ressaltou ainda, neste sentido o dever do Julgador ao buscar uma solução, devendo este “fixar um valor que ao menos mitigue o constrangimento imposto e, de outro lado, desestimule no empregador a continuidade da prática abusiva”.

Desta maneira, com base nas fundamentações acima expostas entendeu o Ministro Vieira de Mello Filho o seguinte, em relação ao valor da indenização arbitrado:

No caso, as instâncias ordinárias fixaram o valor da indenização moral em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), todavia considero tal quantia elevada. Tendo em vista as peculiaridades do caso - gravidade e reprovabilidade do ato, duração do contrato de trabalho, duração do ato ilícito, rendimentos mensais do autor, **potencial econômico do obreiro** e da reclamada -, *re arbitro o valor da indenização por danos morais em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), quantia adequada e proporcional à violação perpetrada, dentro da razoabilidade e apropriada às peculiaridades das partes e do caso concreto*. Entendo que esse montante é apto a oferecer o necessário conforto material ao obreiro, pois *equivalente a quase dez vezes o valor do seu salário*, e que, de forma alguma, inviabiliza a atividade empresarial da ré. Dessarte, revela-se exorbitante a quantia indenizatória estabelecida pelas instâncias ordinárias, devendo a reclamada ser condenada ao pagamento de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de danos morais. (TST – RR: 153140-22.2005.5.15.0136, Relator Vieira de Mello Filho. Data do Julgamento: 15/05/2012. 1ª Turma. Data da Publicação: 25/05/2012). [grifo nosso]

Pela análise desta jurisprudência percebe-se nitidamente que o ministro em sua fundamentação utilizou-se do critério capacidade econômica do ofendido e do ofensor, ali expressa como “potencial econômica do obreiro”, para convalidar a redução da quantia indenizatória de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), reputando-a como mais adequada, razoável e apropriada dada a peculiaridade das partes e do caso concreto. Ou seja, a capacidade econômica que se encontra a vítima e sua posição social determina o que para ela seria razoável e apropriado em relação à quantia de indenização que deve receber.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. REDUÇÃO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Assim, o valor deve ser fixado sem exageros, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa. **Na espécie, o valor afigura-se elevado diante do tipo de lesão e possibilidade eficaz de cura**. Assim, sopesando a lesão, o tempo de serviço, a responsabilidade e o porte da reclamada reduz-se o valor da indenização para R\$ 15.000,00. (destaques acrescidos) Conforme consignado alhures, não há na legislação pátria



delineamento do quantum a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. (...) Na hipótese concreta, **entendo que a redução do valor da indenização por danos morais de R\$25.000,00 para R\$15.000,00, considerando “o tipo de lesão e possibilidade eficaz de cura”, atendeu aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.** (TST - AIRR: 2285009320055040030 228500-93.2005.5.04.0030, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 23/11/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/12/2011) [grifo nosso]

Destarte, dentro do contexto de análise jurisprudencial de quantificação do montante indenizatório, podemos perceber que os Ministros do TST ainda adotam constantemente como premissa adequada e imodificável o critério da capacidade econômica das partes, para desta maneira convalidar a redução do montante arbitrado. Todavia, considero que o critério da capacidade econômica do ofendido utilizado largamente no judiciário brasileiro ocasiona, em certos casos, distanciamento da justiça e estigma sobre aqueles menos favorecidos economicamente.

Para o Ministro José Rêgo Junior a capacidade das partes, ofendido e ofensor, constitui elemento da responsabilidade civil o qual o magistrado deve pautar-se no momento de estipulação do montante indenizatório para haver assim a compensação. Vejamos o que ele diz a respeito do tema, na jurisprudência abaixo:

QUANTUM INDENIZATÓRIO. DOENÇA OCUPACIONAL. PERDA AUDITIVA. PARÂMETROS. Quando o quantum indenizatório arbitrado ultrapassa os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, por extremamente exorbitante, a questão deixa de ser mera controvérsia interpretativa sobre fatos e provas, revestindo-se de caráter eminentemente jurídico, o que autoriza a intervenção extraordinária desta Corte Superior. (...) O montante indenizatório, **fixado em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) revela possível afronta ao art. 944 do Código Civil, merecendo melhor análise por esta Corte Superior**, porque preenchido o requisito descrito na alínea c do art. 896 da CLT. Conhecido do recurso de revista por ofensa ao art. 944 do Código Civil, é consequência lógica o provimento do recurso, para reformar a decisão recorrida e determinar a redução do quantum indenizatório, a título de danos morais, decorrente de doença ocupacional. Considero que a importância de **R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)**, para fins de indenização a título de danos morais, decorrente da doença ocupacional, provocada pelo agente físico “ruído”, atende ao escopo do instituto da responsabilidade civil, **obedecendo aos critérios de justiça e equidade**, considerando a gravidade do ato, o grau de culpa, a **capacidade econômica das partes**, o caráter compensatório da medida e a eficácia desestimulante da condenação. (TST - RR: 9658720115010341. Data de Julgamento: 25/11/2015, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015. 5ª Turma. Relator: José Rêgo Júnior) [grifo nosso]

Passemos a leitura de outras jurisprudências as quais confirmam que o critério da capacidade econômica do ofendido contribui para redução do valor arbitrado às indenizações, conforme abaixo:

RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS - ASSÉDIO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO (...) No que concerne ao quantum arbitrado aos danos morais, uma vez que é impossível delimitar economicamente (com precisão, ao menos) o dano imaterial sofrido, deve o juiz adotar, quando da fixação da compensação por danos morais, um critério de razoabilidade e proporcionalidade entre a lesão, seus efeitos extrapatrimoniais porventura perceptíveis (a dor, o sofrimento, a humilhação), **o grau da culpa do lesante e a capacidade econômica do réu**. O Eg. Tribunal de origem manteve o valor da condenação a título de indenização por danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Entende-se que o montante foi fixado de forma excessiva se consideradas as peculiaridades do caso concreto. Conhecido o Recurso de Revista por ofensa a dispositivo de lei federal, dou-lhe provimento para **reduzir o valor fixado a título de indenização por danos morais para R\$ 20.000,00** (vinte mil reais), nos termos do pedido recursal. (TST - RR: 8267820115150137, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 12/08/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015) [grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. PROVIMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. A potencial ofensa ao art. 944, parágrafo único, do Código Civil autoriza o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II- RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. REDUÇÃO. A indenização por dano moral guarda conteúdo de interesse público. O **valor fixado deve observar** a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, **os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima**, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-2059-58.2013.5.22.0004, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 29/06/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/07/2015); [grifo nosso]

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO. QUANTUM ALUSIVO À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CERIMÔNIA DE HOMENAGEM POR TRINTA ANOS DE SERVIÇOS PRESTADOS. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. In casu, o reclamado foi condenação à indenização por dano moral no montante de R\$ 20.000,00, tendo em vista que a reclamante, convidada para a cerimônia de homenagem, por se tratar de uma colaboradora que completaria trinta anos de serviços prestados ao banco, foi dispensada sem justa causa na véspera do evento de comemoração, mesmo gozando de estabilidade pré-aposentadoria. Ora, a reparação judicial alusiva ao dano moral deve restringir-se à compensação dos danos suportados pela parte lesada, **não podendo dar ensejo ao enriquecimento sem causa do ofendido, em**



detrimento do patrimônio do ofensor, nem ser fixada em montante inexpressivo, devendo, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio deste, proporcionar uma reparação àquele. (...) Assim, o complexo cálculo para se chegar ao valor da indenização, em face da inexistência de critérios uniformes e claramente definidos, tem relação direta com fatores de índole subjetiva e objetiva, como por exemplo, a extensão do dano sofrido, a responsabilidade de ambas as partes no ocorrido, o nexos de causalidade, **a capacidade econômica de ambos os envolvidos** e o caráter pedagógico da condenação. *Na hipótese dos autos, tem-se que o montante fixado pela instância ordinária - R\$ 20.000,00 - se revela excessivo, desproporcional e irrazoável, em absoluto descompasso com os princípios e parâmetros suso referidos, de modo que deve ser reduzido para R\$ 3.000,00.* Recurso de revista conhecido e provido, no particular. (RR - 330-76.2012.5.03.0063, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/06/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/06/2015). [grifo nosso]

Por fim, após exposição prática através da jurisprudência dominante no ordenamento, resta demonstrado que a capacidade econômica da vítima tem acarretado e validado a redução dos valores a título de compensação dos danos morais, o que por si só, tem contribuído para ocorrência de novos casos, não atendendo ao caráter pedagógico e inibidor que a compensação por indenização se dispõe a oferecer.

5. A impossibilidade de utilização da capacidade do ofendido como referencial de quantificação do dano moral e o desafio de quantificar a dor humana

O que está acontecendo? O mundo está ao contrário e ninguém reparou. O que está acontecendo? (REIS, Nando – Relicário). A capacidade econômica das partes como referencial para apuração do valor pecuniário a ser pago pela lesão causada à esfera moral no sistema econômico dominante tem originado situações de injustiças e desigualdades, não servindo a indenização, em muitos casos, àquilo que se destina. Por este motivo é necessário que alguns conceitos dentro das relações de trabalho sejam relativizados e repensados, para que possa haver uma expansão econômica cada vez maior via exploração do trabalho.

É possível debater-se a coisificação das pessoas humanas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), identificando se à relativização do conceito de dignidade humana para atender a uma necessidade econômica quando se trata de trabalhador, bem como identificar se a indenização por danos morais quando dotado de valor econômico favorecendo a ocorrência de outros diferentes acidentes de trabalho e, reforça a tese de que o ser humano é um “objeto”.

Com o apogeu da Revolução Industrial e a ascensão do Capitalismo as práticas democráticas de proteção ao trabalhador foram se disseminando no Brasil, e quanto mais às relações de trabalho mudam mais é necessário que haja uma tentativa de equilibrar a capacidade existente entre as partes na relação de emprego, visto que tais relações sempre estarão desiguais e que haverá uma parte hipossuficiente que precisa de mais proteção que a outra. Sendo assim, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho surgem como uma balança no equilíbrio da situação e proteção ao trabalho e, principalmente, ao trabalhador,

sujeito hipossuficiente na relação instaurada, vez que ele utiliza sua força de trabalho para atender as suas necessidades econômicas individuais e da sociedade.

Seguindo esta mesma linha, ressalto que o valor humano dentro da própria Carta Maior é tratado como algo essencial à própria existência da humanidade, não podendo e nem devendo ser tratado separadamente. É desarrazoada a convalidação dentro da esfera trabalhista, em geral, de práticas lesivas a pessoa do trabalhador, através de condenações que não se atentam a educar coercitivamente o empregador, fazendo-lhe pagar em dinheiro o mal causado, para que assim, aprenda com o erro e não torne a praticá-las.

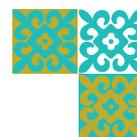
Além disso, tomando todos os ensinamentos já transcritos neste e nos demais capítulos, percebo que a subjetividade humana é tão complexa que jamais entenderemos a dor sentida e vivida pelo outro, por mais esforços que façamos. Outrossim, como podemos quantificar uma dor que não temos noção da extensão? Como mensurar algo que é pessoal e varia de uma pessoa para outra? Tais perguntas tentam ser respondidas pelos magistrados a cada análise dos casos concretos que lhe são postos, entretanto, esta é uma tarefa árdua e difícil, o que torna mais complexa a quantificação da indenização.

Prevejo que os critérios apontados como corretos para quantificação a compensação destoam da realidade social e emocional de cada vítima, individualizada em cada caso concreto, porque por mais que tenhamos casos quase idênticos às dores humanas jamais serão as mesmas e sentidas da mesma forma, o que torna mais difícil a quantificação da indenização.

Considero que para que se haja a verdadeira compensação do dano de caráter moral deve-se excluir a capacidade do ofendido, seguindo esta premissa o Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão defende tal posicionamento, conforme vejamos:

DANO MORAL DECORRENTE DE DOENÇA DO TRABALHO. INCAPACIDADE. PARÂMETROS DE FIXAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LEVAR-SE EM CONSIDERAÇÃO A CAPACIDADE ECONÔMICA DA VÍTIMA PARA DIMINUIR O VALOR, COM DESPREZO DA LESÃO EM SI. A reparação do dano moral decorrente do acidente do trabalho tem como finalidade precípua proporcionar à vítima uma qualidade de vida melhor, a fim de que possa diminuir a dor do sofrimento. Não se indeniza, mesmo porque, em se tratando de lesão extrapatrimonial, não há o que ser indenizado. Minimiza-se o sofrimento, **razão pela qual não deve levar em consideração a capacidade econômica do ofendido para diminuir o valor, porque significaria, ao fim e ao cabo, “punir” a pobreza.** Processo 0101700-61.2007.5.05.0017 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 028338/2009, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª TURMA, DJ 22/10/2009. [grifo nosso]

Desta maneira, não se evidencia desarrazoado o argumento de que deve haver a exclusão da capacidade do ofendido para gerar indenizações mais equânimes e próximas à realidade vivenciada pelo trabalhador vítima do dano moral.



Mesmo tratando-se de indenizações em dinheiro esta deve levar em consideração sempre a capacidade do ofensor em prol de compensar da melhor maneira a lesão extrapatrimonial ocasionada, dada a sua extensa capacidade para exploração do trabalho.

Percebo que para haver integral atendimento das finalidades precípuas e inerentes ao dano moral, os magistrados em suas decisões devem utilizar somente a capacidade econômica do ofensor excluindo-se inteiramente a do ofendido, bem como compreendo ser razoável o abandono do argumento do enriquecimento ilícito para concessão de indenização em valores dentro da realidade vivenciada pelo ofendido. Ainda, não podemos esquecer que adotar a fundamentação de enriquecimento ilícito por parte do trabalhador lesado ao receber um valor elevado gera novos danos, bem como o cargo que ocupava e o salário que recebia à época da lesão não pode ser parâmetro para redução das condenações, pois gera possível impunibilidade tornando corriqueiro o acontecimento de novos casos.

Resta demonstrado que a capacidade econômica da vítima tem acarretado e validado a redução dos valores a título de compensação dos danos morais, o que por si só, tem contribuído para ocorrência de novos casos, não atendendo ao caráter pedagógico e inibidor que a compensação por indenização se dispõe a oferecer.

Ao valer-se da posição social do trabalhador como critério de quantificação pune-se a pobreza de forma dúplice, porque todos os trabalhadores que ocupam cargos ditos como inferiores dentro das relações trabalhistas ao receber valores tão altos estariam enriquecendo de forma ilícita, sendo assim, reafirmar-se-ia todo sofrimento suportado, validando expressamente, novas práticas morais contra os trabalhadores.

6. Considerações Finais

É possível debater-se a coisificação das pessoas humanas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), identificando se à relativização do conceito de dignidade humana para atender a uma necessidade econômica quando se trata de trabalhador, bem como identificar se a indenização por danos morais quando dotado de valor econômico favorecendo a ocorrência de outros diferentes acidentes de trabalho e, reforça a tese de que o ser humano é um “objeto”.

Toda injusta ofensa à moral deve existir a devida reparação, ou melhor, deve haver a justa e devida compensação, então, devemos entender de forma harmônica, profunda e esclarecida à manifestação do dano moral dentro das relações trabalhistas em geral, sobretudo quando tais práticas ilícitas e danosas tornam-se tão dolosas ao trabalhador que acarreta na busca da devida reparação através do Judiciário, o qual tem papel fundamental e de extrema relevância.

Ao valer-se da posição social do trabalhador e de sua capacidade econômica como critério de quantificação pune-se a pobreza de forma dúplice, porque todos os trabalhadores que ocupam cargos ditos como inferiores dentro das relações trabalhistas ao receber valores tão altos estariam enriquecendo de forma ilícita, sendo assim, reafirmar-se-ia todo

sofrimento suportado, validando expressamente, novas praticas morais contra os trabalhadores.

Desta maneira, não considero razoável continuar a adoção do critério da capacidade do ofendido para quantificar a indenização por dano morais, o que tem gerado constantes agressões morais ao ofendido, reafirmando a suposta ausência de valor humano que teria o trabalhador dentro das relações trabalhistas, vez que se encontra inapto ao labor face os danos morais que sofreu.

Por fim, defendo a posição de exclusão do critério da capacidade do ofendido no momento da apuração do montante de indenização moral que deve ser paga ao trabalhador vítima de dano moral, como tentativa de compensar a dor suportada por decorrência dos danos morais praticados pelo empregador, aqui advindo na figura do ofensor.

7. Referências

ANTUNES, Ricardo. **Os Sentidos do Trabalho**: Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. Coimbra: CES/Almedina, 2013 ». 08 Outubro 2014. Disponível em: <<http://configuracoes.revues.org/2192>>. Acesso em: 16/04/2016.

BEDUSCHI, Leonardo. **O pedido condenatório por danos morais no novo Código de Processo Civil: A interpretação do art. 292, inc. V, do NCPC**. Site JusNavigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48361/o-pedido-condenatorio-por-danos-morais-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 29/04/2016

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2006, p.137 e 161.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Vade Mecum: compacto, Saraiva, 12ª ed., 2011.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vade Mecum: compacto, Saraiva, 15ª ed., 2015.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Site: WWW.tst.jus.br

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª Edição. Atlas. São Paulo: 2012. Pag. 97.

CAIRO JUNIOR, José. **Dano Moral: Reflexões sobre o Instituto na Órbita Trabalhista**. Site: Regras Trabalhistas. Categoria: Responsabilidade do empregador (Dano e assédio moral). Disponível em: <<http://www.regrastrabalhistas.com.br/artigos/47-dano-moral/3830-dano-moral-reflexoes-sobre-o-instituto-na-orbita-trabalhista#ixzz46NgZyLPu>>. Publicado em 12 de Agosto de 2013. Acesso em 20/04/2016 às 12:36.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, 2ª ed., 1998, ed. RT, pg. 90



DALAZEN, João Oreste. **Aspectos do Dano Moral Trabalhista**. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 65, n. 1, p. 69-84, out./dez. 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSANVELD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral da Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil em Espécie**. VOL 3. Edição 2014. Ed. JusPodivm. Salvador. Pag. 53-55. Pag. 332.

KRUZ, Robert. **DIE PARADOXIEN DER MENSCHENRECHTE** in www.exit-online.org. Publicado na Folha de São Paulo de 16.03.2003 com o título 'Paradoxos dos direitos humanos' e tradução de Luis Repa.

PREVITALI, Fabiane Santana. Apud Ricardo Antunes. **Os Sentidos do Trabalho**: Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. Coimbra: CES/Almedina, 2013 ». 08 Outubro 2014. Disponível em: <<http://configuracoes.revues.org/2192>>. Acesso em: 16/04/2016.

REALE, Miguel apud LIMA, Kristiane Ferreira da Silva. **Teoria Tridimensional do Direito**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF. Publicado em 16 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29306&seo=1>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. Atlas. São Paulo: 2009, Pag. 189

A “CLT de Temer” & Cia. Ltda

Jorge Luiz Souto Maior

¹Passado o luto, vamos à luta (jurídica), estimulada pela reforma trabalhista, que resultou na, recentemente sancionada, Lei n. 13.467/17.

Preliminarmente, importante consignar que é totalmente indevida a apropriação, pelos políticos no poder, do processo histórico, carregado de materialidade dialética e conflitos de toda ordem, do qual são feitas as leis. Assim, é equivocada falar em “CLT de Vargas”, como, certamente, é errôneo falar em “CLT de Temer”. Porém, como a retórica varguista, de que teria sido Vargas o pai da legislação do trabalho, foi apropriada pela classe empresarial para combater os direitos trabalhistas e, assim, atender o seu propósito de efetuar uma maior e mais livre exploração do trabalhador, não se pode, agora, simplesmente abandonar essa linha de argumentação, como se tal jogo não tivesse existido.

Uma fórmula eficiente para combater o retrocesso imposto pela “reforma” é a de denunciar as inverdades que embalaram o percurso de sua aprovação e nada mais apropriado para isso do que, agora que a “reforma” se tornou lei, utilizar, mas em direção oposta, os mesmos argumentos que foram apresentados para atacar a CLT.

Prioritariamente, deve-se ecoar a propaganda do governo de que lhe pertence o “mérito” de ter feito “a nova CLT”, que seria, mais apropriadamente, nominada a “CLT de Temer”, ainda mais considerando o modo como Temer tem controlado, como bem quer, o Congresso Nacional.

1. A perda do argumento retórico

Pois bem, considerado esse pressuposto, o primeiro efeito contraditório é o de que não se terá mais a oportunidade de desferir ataques à legislação do trabalho no Brasil com o argumento de que a legislação trabalhista está expressa em um documento de 1943, a tal “CLT de Vargas”.

Lembre-se que a “reforma” não foi, de fato, uma reforma, mas a tentativa de promover uma alteração profunda na regulação trabalhista brasileira, e teve por base exatamente o fundamento de que seria necessário, segundo se disse exaustivamente, superar a “CLT de Vargas”, de 1943, que possuiria apenas normas anacrônicas e obsoletas.

Valendo-se do ambiente de “ruptura democrática”, conforme expressão utilizada pelo relator da reforma na Câmara dos Deputados, deputado Rogério Marinho, para se referir ao presente momento histórico, foram feitas na CLT todas as alterações que se consideraram necessárias para atingir esse objetivo, operando-se, então, a tão aclamada “modernização” das leis trabalhistas. E como essas alterações foram feitas, todas elas, no próprio corpo da CLT, é justo e necessário dizer que a dita “CLT de Vargas”, pelo bem ou

¹ Professor Livre Docente da USP. Juiz do Trabalho do TRT2-SP.



pelo mal, enfim, formalmente, não existe mais, tendo sido substituída pela declarada “CLT de Temer”, sendo oportuno destacar que os textos que não foram alterados têm-se por implicitamente recepcionados.

Fato é que, desse modo, os críticos eternos da legislação trabalhista no Brasil perderam o argumento retórico sobre a velhice da CLT, assim como aquele outro ligado à sua suposta origem fascista, ou, mais diretamente, o de ser a CLT cópia da Carta del Lavoro de Benito Mussolini.

Concretamente, está eliminada, de uma vez por todas, a fala, com intenção demolidora, de que a legislação voltada às relações de trabalho no Brasil é fincada em um documento de 1943, de origem fascista, a “CLT de Vargas”, pois, agora, o que se tem, por consequência da ampla reformulação feita, é a “CLT de Temer”, de 2017, “moderna” e adaptada ao “mundo tecnológico”.

E o mais interessante é que além de perderem o argumento da caducidade e da origem fascista da legislação, aqueles que antes eram avessos à legislação do trabalho passam a ser, daqui para adiante, os defensores da CLT.

Por mais trágico que seja o momento político que vivemos, não deixa de ser um motivo de regozijo saber que doravante a CLT vai ser defendida pela grande mídia e por tantos que, há décadas, a atacam.

2. A ilegitimidade

Mas, enquanto a CLT de 1943 foi resultado da elaboração de um projeto de industrialização para o país, que requeria a construção de um mercado de trabalho, assim como de um mercado de consumo, tendo a legislação do trabalho grande papel na organização desse modelo, a considerada CLT de 2017 não é nada além do que o resultado do aproveitamento de uma oportunidade, dada pela instabilidade política, para aumentar as margens de lucro do grande capital e fragilizar a classe trabalhadora.

O anteprojeto apresentado pelo governo ao Congresso Nacional, em 23/12/16 (quando recebeu o número PL 6787/16), com o apelido de uma minirreforma, feito às pressas para abafar mais uma crise política, tinha míseras 9 páginas, incluindo a justificativa, e alterava apenas 7 artigos da CLT, além de propor uma reformulação na Lei n. 6.019/16 (trabalho temporário).

No relatório final do PL 6787/16, apresentado em 12/04/17 (devendo-se considerar que, de fato, a tramitação do PL teve início em 09/02/17, quando foi instalada a Comissão Especial da Reforma e eleito como relator o deputado Rogério Marinho, o que resulta em poucos dois meses de tramitação), já se tinham 132 páginas, incluindo o Parecer, propondo a alteração de mais de 200 dispositivos na CLT, dentre artigos e parágrafos, todas no mesmo sentido, qual seja, o do acatamento de teses jurídicas ligadas aos interesses empresariais.

O texto chegou ao Senado e, como se viu, foi aprovado com a rapidez necessária para tentar manter o Presidente da República no poder, fazendo-se um grande ajuste, abertamente formulado e anunciado, entre o poder político e o poder econômico.

Desse modo, ainda que o governo queira atrair para si o mérito de ter feito uma “nova CLT” e essa propaganda seja atendida para efeito de inverter a lógica do jogo, é fundamental que se preservem as diferenças básicas entre uma CLT e outra, que, ademais, o próprio governo faz questão de enunciar.

A CLT de 1943, como o próprio nome diz, foi a consolidação das leis do trabalho que já vinham em construção no país desde 1919 e, de forma mais intensa e programada, a partir de 1930, valendo lembrar que esse impulso dado na década de 30 foi o resultado dos estudos encomendados pelo governo a especialistas em relações de trabalho e Direito Social, quais sejam: Joaquim Pimenta, Evaristo de Moraes, Agripino Nazaré e Carlos Cavaco, além do industrial Jorge Street. Na elaboração da CLT, em 1943, novamente coube a uma comissão de estudiosos a elaboração do documento: Luiz Augusto de Rego Monteiro, Arnaldo Lopes Sússekind, Dorval de Lacerda, José de Segadas Vianna (Procuradores da Justiça do Trabalho) e Oscar Saraiva (Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio).

Enquanto isso, a CLT de Temer foi construída à sorrelfa, sem qualquer estudo prévio, inclusive quanto a objetivos estruturantes. Não lhe cabe, portanto, o nome Consolidação das Leis do Trabalho, e sim, algo como Consolidação das Lesões do Trabalho, ou Consolidação dos Locupletamentos sobre o Trabalho, enfim...

Na tal CLT de 2017 não há projeto de industrialização, aliás, muito pelo contrário. Parte-se do reconhecimento de que se vive na sociedade da “prestação de serviços” e, com uma lógica de tentar sair de uma areia movediça puxando-se pelo próprio cabelo, pretende-se fazer acreditar que basta reduzir o custo da exploração do trabalho (dentro de um contexto que é meramente o da circulação de mercadorias), para que se tenha como efeito a melhoria da economia e, com isso, se amplie o nível de emprego.

Essa CLT, ademais, como reflexo do momento político, traz consigo uma carga de ilegitimidade insuperável. Se se acusava a CLT de 1943 de ser obra de um ditador com inspiração fascista, a CLT de 2017, vai ficar para a história como o fruto de um governo ilegítimo, que, aproveitando do argumento da crise econômica, da fragilização da classe trabalhadora por conta do desemprego e da perda de identidade das instituições, se habilitou para assumir o poder, no contexto do golpe, por meio do oferecimento do compromisso de destruir as bases dos Direitos Sociais e permitir, com isso, a ampliação das possibilidades de extração de lucros pelo grande capital, que patrocinou o golpe.

Esta é, portanto, a obra de um Presidente com a menor aprovação popular da história, que atuou com apoio do poder econômico e de parte considerável da grande mídia, e de um Parlamento assolado em denúncias de corrupção e que, ao mesmo tempo, é composto, na sua maioria, por empresários. Uma obra que se oferece ao poder econômico em contrapartida da impunidade dos agentes da “reforma”.



Além desses aspectos, acresça-se a completa falência democrática do processo legislativo instaurado, que culminou com um acordo totalmente impróprio, para dizer o mínimo, entre alguns Senadores e a Presidência da República, para correção posterior de pontos do PL declaradamente considerados inadequados, para que a expressão “inconstitucionais” não constasse do parecer da “reforma” nem das falas dos Senadores que votaram pela aprovação do PLC 38/2017.

Cumprir verificar, entretanto, que nos termos do art. 62 da Constituição Federal, as medidas provisórias são reservadas a situações de relevância e urgência, o que impede sua utilização de forma generalizada e é óbvio que não há previsão de proibição de sua adoção no caso em questão porque o legislador pressupôs a vigência da ordem constitucional. Ou seja, o legislador não poderia mesmo sequer prever que se chegaria ao ponto de o Poder Legislativo abdicar do seu dever de legislar e requerer, ele próprio, que o Executivo o sub-rogasse em tal tarefa. Esse “acordo”, portanto, só serve para revelar o estágio de ruptura democrática que se instaurou no país para atender a vontade do poder econômico, e que tem recebido o beneplácito de algumas instituições.

Outro aspecto que reforça a ilegitimidade da Lei n. 13.467/17 é o do desrespeito ao fundamento básico do processo legislativo específico da legislação do trabalho, estabelecido internacionalmente desde a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho, criada no Tratado de Versalhes, em 1919), que é o do diálogo social (atuação tripartite, com participação de representantes dos Estados, dos empresários e dos trabalhadores).

Destaque-se que a própria OIT já se manifestou expressamente a respeito, reafirmando, neste aspecto, a ilegitimidade da “reforma”².

Por fim, a lei em questão, também não possui legitimidade porque fere os princípios constitucionais da prevalência dos Direitos Humanos, da progressividade (melhoria da condição social dos trabalhadores) e da função social da livre iniciativa, da propriedade e da economia, com vistas à construção da justiça social.

3. A difícil arte de aplicar a “CLT de Temer”

Não se querendo reconhecer a ilegitimidade da dita “CLT de Temer”, se chegará ao mundo tortuoso de sua aplicação.

3.1 A preservação do Direito do Trabalho

Os críticos históricos do Direito do Trabalho sempre quiseram, de fato, acabar com o Direito do Trabalho. A emergência dada pela oportunidade política e a forte resistência verificada, no entanto, impeliram para uma aliança, um tanto quanto contraditória, em torno de uma reforma que buscasse eliminar direitos pela via da flexibilização, mas sem expressar um ataque direto aos princípios do Direito do Trabalho. Assim, os argumentos,

² Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia/Documento-da-OIT-reforca-argumentos-contra-a-reforma-trabalhista/7/38439>>

que chegaram a ser utilizados na década de 90, contra os princípios do Direito do Trabalho, notadamente, contra o princípio da proteção, assim como contra a função compensatória da desigualdade econômica reconhecida à legislação do trabalho, não foram expressos como fundamento da presente “reforma”.

Muito pelo contrário, o que se viu foi, em certa medida, um reconhecimento explícito da importância do Direito do Trabalho, com o reforço dos seus princípios: proteção; condição mais benéfica; *in dubio pro operario*; norma mais favorável; irrenunciabilidade; primazia da realidade; continuidade da relação de emprego e boa-fé.

E não foi só isso. Os principais propagandistas da reforma, muitos deles mais preocupados com os dividendos pessoais da aprovação de uma reforma, qualquer que fosse ela, portanto, para impedir o insucesso da empreitada, dada a repercussão pública que o debate sobre a questão, contrariamente ao que se pretendia, acabou atingindo, se viram obrigados a destacar e a defender a finalidade social do Direito do Trabalho, apoiada em ideais humanísticos e na solidariedade como forma de proteção da parte mais fraca e para corrigir situações de privilégios.

Claro que, em muitos dispositivos da “reforma”, a fórmula utilizada para atender esses preceitos foi completamente equivocada, pois o que se fez foi apenas colocar em comparação os próprios trabalhadores, esquecendo-se, propositalmente, que o antagonismo real se dá entre o capital e o trabalho.

A partir desse pressuposto equivocado, a “reforma” procurou uma estranha política distributiva, contrapondo explorados e excluídos. Ou seja, para supostamente conferir emprego para os desempregados ou atrair para a formalidade os informais, sustentou-se a necessidade de que os empregados abrissem mão de parte de seus direitos.

Mas, se a preocupação fosse, de fato, fazer justiça social, no sentido de tirar de quem tem mais para dar para quem tem menos, necessário seria, antes de atingir o patrimônio jurídico da classe trabalhadora, tirar de quem detém os meios de produção, sobretudo dos grandes conglomerados econômicos, passando pelos bancos, o capital especulativo e demais parasitas, para, depois, chegar às grandes fortunas, ao latifúndio, às terras improdutivas e às propriedades que não atendem a sua função social.

De todo modo, a preocupação com a consagração da justiça social, mesmo no bojo da presente “reforma”, acabou sendo reconhecida como essência do Direito do Trabalho, mantendo-se intacta a base principiológica desse ramo do Direito.

3.2 O primado da relação de emprego

Foram preservados, inalterados, os conceitos de empregado e de empregador, fixados nos artigos 2º e 3º da CLT, de onde também se extraem os elementos caracterizadores da relação de emprego, tida como mola mestra do Direito do Trabalho, e a própria natureza de ordem pública dos preceitos que regulam essa relação, em consonância, inclusive, com o inciso I, do art. 7º da CF, que fixou como direito primeiro dos trabalhadores a



“relação de emprego”, que é, ademais, uma relação de emprego “protegida contra a dispensa arbitrária.

Lembre-se que todos os argumentos em defesa da “reforma” foram no sentido da relevância do emprego e, claro, isso possui consequências jurídicas das quais não se pode fugir.

a) A relevância social, econômica e cultural da relação de emprego

Do ponto de sua origem histórica, é certo que a legislação trabalhista significou, inicialmente, uma estratégia para impulsionar e manter a exploração capitalista sobre o trabalho alheio. Com o tempo, no entanto, essa legislação, que também foi fruto de muita luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, compôs de um ramo específico do Direito, cujos propósitos foram muito além daqueles que, no começo, se propugnavam, como deverá ocorrer, igualmente, com a Lei n. 13. 467/17.

Pelo Direito do Trabalho, cujo advento marca a passagem do modelo jurídico do Estado Liberal para o Estado Social, almeja-se, sobretudo, a elevação da condição social e econômica daquele que vende sua força de trabalho para o implemento da produção capitalista. Neste sentido, a aquisição de um emprego, sobre o qual incide o Direito do Trabalho, passa a ser um “status” relevante na sociedade³, sendo a aplicação da normatividade do Direito do Trabalho determinante para dar vida concreta a esse valor.

E como a base de incidência do Direito do Trabalho é a relação de emprego o reconhecimento jurídico da existência de uma relação de emprego independe da vontade das partes, chegando-se a ela também por intervenção das instituições públicas, criadas exatamente para preservar a finalidade pública da regulação da relação entre o trabalho e o capital (conforme previsto no Capítulo XIII, do Trabalho de Versalhes).

O Direito do Trabalho tenta evitar o aviltamento da condição social e econômica do empregado, fornecendo-lhe um patrimônio jurídico sólido, como forma até mesmo de estabelecer uma base moral e econômica para o desenvolvimento da sociedade capitalista. Nesse sentido, a concretização dos objetivos empresariais não pode estar sujeita à vontade exclusiva do empreendedor, impulsionada, em geral, por uma concorrência destrutiva de tudo e de todos, ou mesmo aos interesses individuais e imediatos, determinados pela necessidade e a concorrência pelos postos de trabalho em oferta, de quem vende força de trabalho para sobreviver.

Do ponto de vista da produção econômica, ademais, não se pode ficar na sujeição de saber se o trabalhador prestará serviços, ou não, no dia seguinte, pois a atividade capitalista deve ser necessariamente organizada e planejada.

A previsibilidade de condutas é relevante, igualmente, para o trabalhador, para que possa projetar e programar o seu tempo fato do trabalho e a sua própria vida, afinal. Para

³ Prova disso são as constantes pesquisas que procuram demonstrar o nível do emprego até como forma de medir o nível do desenvolvimento sócio-econômico do país. Lembre-se, também, que a principal plataforma política dos candidatos, em épocas de eleição, é a elevação no número de empregos.

o trabalhador, a relação de emprego é fonte de subsistência, mas também oportunidade de inserção social.

Assim, é muito fácil verificar a falácia da proposição de que a precarização se impõe como uma consequência natural dos tempos modernos. Ora, até mesmo muitos daqueles que sustentam esse ponto de vista possuem vínculos permanentes e duradouros e quando necessitam da utilização de trabalho alheio, logicamente, procuram profissionais que atendam ao requisito da competência, que só se adquire com o tempo; ou seja, podendo optar, não procuram profissionais precarizados, que atuam na perspectiva de “bicos”, nem contratam empresas que estão no ramo há uma semana e que na semana que vem vão se dedicar a outra atividade...

Não é possível, portanto, que se coloque na base do Direito do Trabalho o primado de que as relações de emprego “modernas” são efêmeras, que há uma disseminação do trabalho autônomo sem que tenha havido qualquer tipo de distribuição concreta dos meios de produção e tudo não passe de disfarces para superar os limites jurídicos da exploração do trabalho.

Juridicamente, mantém-se a fórmula essencial de organização e desenvolvimento da sociedade capitalista de que a prestação de serviços realizada de forma não eventual, no contexto de atividade empreendedora alheia, gera a relação de emprego.

Destaque-se, por oportuno, que se a promessa do “pleno emprego” não puder ser cumprida pelo Estado Social, não se pode tentar disfarçar as limitações que são próprias do modelo econômico por meio da imposição de restrição de direitos aos trabalhadores, sobretudo porque isso só piora a condição de vida de todos.

Se os problemas econômicos existem é neste plano que devem ser resolvidos e essa constatação foi admitida, expressamente, nos próprios argumentos de defesa da “reforma”.

Do ponto de vista teórico, portanto, não se pode querer adaptar os princípios e objetivos do Direito do Trabalho aos desajustes econômicos, de modo a corroborar a vontade do setor empresarial de reduzir seus custos por meio da diminuição de direitos dos empregados, ou, validar, juridicamente, de forma generalizada, o subemprego, na ilusão de que se esteja, com isso, ampliando o acesso de mais trabalhadores ao mercado de trabalho, até porque com essa estratégia mantém-se fora dos necessários questionamentos os desajustes da ordem econômica, nos planos da produção, da circulação, da distribuição e das políticas públicas.

b) A natureza jurídica da relação de emprego

A compreensão da natureza do vínculo fornece elementos essenciais, do ponto de vista da dogmática jurídica, para visualização da estrutura das normas que incidem sobre o aludido vínculo. Permite saber não só quais os tipos de normas a aplicar, mas como encontrar o seu sentido (interpretar) e fazê-las atuar (aplicar). Em outras palavras, fornece o arcabouço de ordem dogmática que vai, enfim, delimitar a eficácia das normas que se destinam a regular o vínculo. Ou seja, determina o alcance da função do Direito que se



constrói, de modo específico, para regular a relação de emprego. Assim, dito de forma ainda mais clara, enfrentar a discussão da natureza jurídica da relação de emprego é mexer na definição da própria função do Direito do Trabalho.

Malgrado a importância das advertências feitas pelos denominados anticontratuálistas, acabou prevalecendo na doutrina a teoria contratualista. Entretanto, o que fora a essência da pregação dos anticontratuálistas, a imperatividade das normas trabalhistas, não se perdeu. Esta essência do Direito do Trabalho acabou sendo assumida, como não poderia deixar de ser, pelos contratualistas. O que se verificou foi uma verdadeira revolução na própria concepção do contrato, que deixou de ser um negócio jurídico restrito à vontade das partes, passando a admitir a inserção de normas de ordem pública, mesmo sob o sacrifício da vontade.

Esta visão, aliás, irradiou do Direito do Trabalho para outros ramos, a ponto de, atualmente, o Direito Civil brasileiro tratar, expressamente, da “função social do contrato”.

O Direito do Trabalho se insere no contexto do Direito Social. O Direito Social, conforme leciona Cesarino Júnior “é o complexo dos princípios e leis imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar a satisfazer convenientemente às necessidades vitais próprias e de suas famílias, às pessoas físicas para tanto dependentes do produto de seu trabalho”⁴.

Assim, não é a mera vontade que determina a realização do negócio jurídico ao qual o Direito do Trabalho se destina. O que determina esta incidência é a efetiva prestação de serviços, ou, em via inversa, a utilização da mão-de-obra alheia, sendo que não é qualquer prestação de serviços que delimita o campo de atuação do Direito do Trabalho e sim aquela que se execute de modo específico, qual seja: de forma não eventual, subordinada e mediante remuneração.

Este tipo de serviço, ou melhor, esta forma de utilização da mão-de-obra alheia atrai a aplicação do Direito do Trabalho independente da vontade das partes e mesmo quando estas, expressamente, queiram, por razões particulares, evitá-lo.

Relevante ressaltar, aliás, que é exatamente no ato da formação da relação jurídica que a vontade do trabalhador se presume viciada, pois para não perder a oportunidade de adquirir o emprego (na sua visão, um meio de vida e não mero negócio jurídico, ao qual se vincula por uma vontade livre e desembaraçada), o trabalhador acaba aceitando todas as condições que lhe são apresentadas pelo empregador, o que, aliás, independe da própria condição cultural e econômica do empregado.

Além disso, a regulação jurídica específica dessa relação se dá, como dito, com propósitos que vão muito além da mera satisfação dos interesses particulares dos sujeitos que lhe integram, individualmente considerados.

A normatização trabalhista vislumbra, inclusive, o interesse daqueles que estão, momentânea e aparentemente, fora do mercado de trabalho, visando possibilitar a sua

⁴ CESARINO JR., Antônio Ferreira. Direito Social brasileiro. Vol. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 13.

inserção concreta. Lembre-se que é exatamente o excesso de mão de obra que impele o preço da força de trabalho para baixo e com ele a própria noção de direitos pela execução do trabalho.

Por isso, a proteção do ser humano que trabalha, e não o trabalho em si, é que constitui o objeto central da investigação jurídica. Como explica Mario de La Cueva, "... la parte medular de la doctrina que niega a la relación de trabajo origen y naturaleza contractuales es la afirmación de que el trabajo humano no puede ni debe quedar sujeto al derecho de las obligaciones y de los contratos, que es un derecho para las cosas, a diferencia del derecho del trabajo que es un derecho para los hombres"⁵.

Para efeito da identificação da relação de emprego vale recobrar que o conceito de subordinação, elemento essencial desse instituto jurídico, foi forjado por atuação jurisprudencial, na França, quando se percebeu que os ajustes contratuais – que são determinados por quem detém o poder econômico – procuravam impedir a responsabilização dos detentores dos meios de produção quanto aos acidentes de trabalho e que a impunidade que dessa contratualização resultava alimentava os conflitos sociais.

Como destaca François Ewald, alguns empregadores, para evitar qualquer responsabilidade frente aos acidentes, forjavam um contrato para "colocar o operário na posição de ser ele mesmo juridicamente encarregado de sua própria segurança"⁶. Mas, conforme relata o mesmo autor, "Os tribunais desvendam o artifício e declaram na ocasião, como verdadeiro critério da relação salarial, o poder de direção do empregador e a situação de subordinação do assalariado"⁷.

A subordinação, portanto, não é uma submissão do trabalhador ao controle disciplinar de um contratante específico, como, de forma equivocada, se costumou entender, e sim um conceito jurídico próprio do Direito Social para suplantar os artifícios do contratualismo do Direito Civil clássico que serviam para evitar a responsabilidade do capital pela exploração do trabalho.

c) Terceirização de atividade-fim

O ordenamento não pode estabelecer um padrão jurídico e, em paralelo, criar outro padrão contraditório com o primeiro. A ordem jurídica, por razões até de lógica, se estabelece a partir do parâmetro de regra e exceção, sendo que as exceções, direcionadas a fatos específicos, não regulados pela regra, precisam, além disso, ser claramente justificadas.

Falando de modo mais direto, não é possível que a ordem jurídica estabeleça a relação de emprego como regra geral da vinculação entre o capital e o trabalho e se permita, ao mesmo tempo, que a relação de emprego não seja esse mecanismo de vinculação do capital ao trabalho, vendo-o tão somente como o efeito de um ajuste de vontades, que possibilita ao capital se distanciar, quando queira, do trabalho pela contratação de entes interpostos.

⁵ CUEVA, Mario de La. Derecho mexicano del trabajo. Tomo I. México: Porrúa, 1960, p. 478.

⁶ EWALD, François. Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité. Paris: Grasset, 1996, p. 214.

⁷ EWALD, François. Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité. Paris: Grasset, 1996, p. 214.



Adotados esses pressupostos teóricos fica fácil perceber o quanto são ilusórias as regulações da Lei n. 13.467/17 que pretendem afastar o primado da relação de emprego, com prazo indeterminado e proteção jurídica integral.

A terceirização generalizada, ademais, representa uma destruição completa do projeto de Direito Social.

Adotados esses pressupostos teóricos fica fácil perceber o quanto são ilusórias as regulações da Lei n. 13.467/17 que pretendem afastar o primado da relação de emprego, com prazo indeterminado e proteção jurídica integral.

A terceirização generalizada representa uma destruição completa do projeto de Direito Social.

Claro que não está obstada pela ordem jurídica, considerando-se as características do modelo capitalista, a formação de empreendimentos empresariais cuja atividade é a realização de serviços, ou seja, atividades empresariais cujo objeto é a venda de serviços prestados por seres humanos e não propriamente de um produto.

Mas é necessário, primeiro, que esse serviço tenha alguma qualificação específica, dentro de um contexto organizacional próprio, sendo que o permissivo, de todo modo, não pode conflitar com a regra geral de que as atividades do processo de trabalho, ligadas à realização do capital, nas quais se inserem o comércio e a financeirização, devem ser desenvolvidas sem intermediários.

Uma prestação de serviços só pode se desenvolver de modo regular, juridicamente falando, no contexto do Direito Social, para a realização de atividades que não estejam inseridas ao conjunto daquelas que são necessárias, de forma permanente, à concretização do objeto empresarial daquele que contrata tais serviços, até porque quanto mais intermediações se efetivam no processo produtivo, mais distante o trabalhador fica do capital e mais difícil se torna a concretização do projeto de uma ordem social mínima para o capitalismo.

A ampla discussão que se travou publicamente sobre a terceirização, que conduziu ao ponto de se pretender autorizar a terceirização da atividade-fim, paradoxalmente, acabou permitindo que se percebesse que já não havia qualquer sentido em autorizar a terceirização da atividade-meio, que não difere, pois, da terceirização da atividade-fim, até por ser um artifício retórico. Uma e outra forma de terceirização não passam de mera intermediação de mão de obra, que atrai a aplicação do preceito trabalhista, internacionalmente consagrado, da proibição desse tipo de atividade mercantil.

Fato é que quando a lei autoriza a terceirização da atividade-fim cria-se a ilusão de acreditar que é possível o capital se realizar sem uma correlação com o trabalho e que, juridicamente, em uma realidade regrada pelo Direito Social, se teria uma fórmula para impedir a responsabilidade do capital frente ao trabalho, a não ser por uma concessão do capitalista, que só não terceiriza se não quiser. Em outras palavras, que seria juridicamente permitido ao capital não se ver mais obrigatoriamente vinculado ao projeto social, estando submetido, unicamente, à sua própria lógica.

Mas a organização do modelo capitalista de produção pelo Direito Social não pode se efetivar dentro desse marco dos parâmetros de escolha do capitalista, ainda mais porque suas opções estão condicionadas à pressão da concorrência, que lhe impõe posturas que acabam sacrificando o trabalho e o projeto social, destruindo as possibilidades de concretização de políticas públicas.

Então, quando a lei chega ao ponto de autorizar a terceirização da atividade-fim, o efeito jurídico necessário, para a manutenção da ordem social, assegurada na Constituição Federal, fixada nos Tratados internacionais de Direitos Humanos, com realce para as Convenções da OIT, e nos princípios do Direito do Trabalho, é o de se afirmar o contrário, ou seja, que a terceirização, juridicamente falando, não existe e o mecanismo que se tem para isso é o da declaração da relação de emprego, instituto cujo primado foi preservado na “reforma” e que foi criado exatamente para estabelecer, de forma obrigatória, um vínculo jurídico entre o trabalho e o capital, atribuindo-se a este uma responsabilidade social mínima e, claro, para proteger o ser humano trabalhador e lhe permitir projetar e almejar uma melhoria para a sua própria vida.

d) Trabalho intermitente

Quanto ao trabalho intermitente é exatamente a mesma coisa, valendo acrescentar a inconsistência da regulação trazida na Lei n. 13.467/17, quando diz que em qualquer atividade e para não importa qual serviço pode-se firmarem contratos intermitentes. Ora, se o primado é o da relação de emprego, para atender ao postulado da melhoria da condição social dos trabalhadores e favorecer o desenvolvimento econômico socialmente sustentável, não é possível conceber que a intermitência seja posta em paralelo com a relação de emprego pleno, pois isso apenas incentiva uma concorrência fratricida entre os empregadores, favorecendo os que meramente almejam uma redução de custos, destruindo toda possibilidade de organização do modelo.

Mesmo do ponto de vista estritamente lógico, se a formação do contrato intermitente não estiver ligada à intermitência do serviço, em correspondência com uma demanda muito peculiar, todas as relações de emprego pleno poderão ser substituídas pelos contratos intermitentes. Assim, se teria uma empresa cuja atividade não está relacionada a qualquer demanda intermitente, atuando 24 horas por dia, sem possuir um empregado efetivo sequer, o que, claro, depõe contra a lógica da intermitência, pois daí o que resultará será a mera fraude, caracterizada pela relação falseada entre uma atividade permanente e vários trabalhos intermitentes, atraindo a aplicação do art. 9º da CLT:

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



3.3 Os fundamentos jurídicos específicos da reforma

Juridicamente falando, o que direciona o intérprete e aplicador da lei são os princípios, ou, mais propriamente, os valores e objetivos que embasam o conjunto normativo. Do ponto de vista político, os valores e objetivos da lei em questão foram aqueles acima enunciados, mas o Direito, como se sabe, tem vida própria, e no plano jurídico os valores e objetivos que embalsamaram a “reforma” foram outros.

Os fundamentos teóricos, admitidos enquanto tais, da “CLT temerista” (ou temerária, como queiram), foram enunciados, claramente, nos pareceres elaborados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, tendo sido também expressos por todos aqueles que defenderam a “reforma”, com forte eco na grande mídia, quais sejam:

- a) Eliminação da insegurança jurídica;**
- b) Geração de empregos (ou redução do desemprego);**
- c) Não redução de direitos;**
- d) Correspondência plena com a Constituição;**
- e) Flexibilização, para melhor adaptação da lei a determinadas necessidades**
- f) Modernização da legislação, acompanhando a evolução tecnológica;**
- g) Fortalecimento da atuação sindical.**

Mesmo que se tenha utilizado tais argumentos apenas como forma de tentar criar um ambiente menos hostil na opinião pública para a aprovação de uma lei regressiva de direitos, o fato é que, do ponto de vista da linguagem jurídica, esses passaram a ser os fundamentos que integram a lei e direcionam o seu intérprete e aplicador.

Vejamos alguns efeitos jurídicos concretos disso.

a) Eliminação da insegurança jurídica

Ao pontuarem a questão da insegurança jurídica, os defensores da reforma estabeleceram o pressuposto de que os empregadores no Brasil são fiéis cumpridores da lei e que somente não o faziam completamente, em algumas poucas situações, por causa da complexidade da lei, sendo que muitas vezes eram surpreendidos por decisões judiciais que ampliavam suas obrigações para além da previsão legal.

Com o advento da lei que foi escolhida pelo próprio setor empresarial, fica, agora, completamente afastada a possibilidade de não se aplicar a lei, ou, ao menos, essa postura não será tolerada, nem mesmo pelos que criaram, defenderam e aprovaram a lei da “reforma”. O setor empresarial como um todo não poderá se unir em torno de empregadores

que deliberadamente descumprem a lei, não valendo para isso nem mesmo o argumento de dificuldade econômica.

Assim, ficam abolidas as farras da: contratação sem registro; do pagamento de salário “por fora”; da ausência de cartões de ponto que reflitam a efetiva jornada trabalhada; a falta de pagamento de verbas rescisórias; o não recolhimento de FGTS etc.

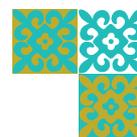
Não que essa realidade simplesmente deixará de existir. No plano do “ser” continuarão ocorrendo, mas no campo jurídico do “dever-ser” passam a ser necessariamente reconhecidas, como sempre deveriam ter sido, aliás, e até mesmo pelo próprio setor empresarial, como práticas ilícitas destruidoras das garantias oferecidas pelos fiadores do capital. Esse pressuposto teórico reforça o caráter punitivo que se deve atribuir a tais práticas, não sendo, pois, suficientes as condenações para o pagamento apenas do valor correspondente ao que seria devido se o ilícito não tivesse sido cometido.

Diante do pacto de moralidade do setor empresarial feito consigo mesmo, que se insere na lógica da Lei n. 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, resta reforçada a noção de que o desrespeito aos direitos trabalhistas representa uma infração à ordem econômica. Nos termos da Lei n. 12.529/11, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...) III - aumentar arbitrariamente os lucros.

Extraí-se dessa argumentação utilizada em larga escala pelo próprio setor empresarial o princípio da intolerância quanto ao deliberado descumprimento da lei, ainda mais quando utilizado como meio de obter vantagem econômica sobre a concorrência, até porque, segundo assegurado pelos apoiadores da reforma, isso jamais teria existido na realidade das relações de trabalho no Brasil.

Assim, sai reforçada, por admissão do próprio setor empresarial que encabeçou a “reforma”, a pertinência das condenações por dano social, decorrente de práticas ilícitas reiteradas, nos termos da Ementa a seguir transcrita:

“DANO SOCIAL. AGRESSÕES REITERADAS E SISTEMÁTICAS AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES. REPERCUSSÃO NA SOCIEDADE. CORREÇÃO DA POSTURA PELO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR INDEPENDENTE DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. A constatação, em reclamação individual, de agressões reiteradas às normas trabalhistas atinge, não apenas o reclamante, mas outros trabalhadores e mesmo empresas concorrentes, o que deixa firme que a questão abarca realidade bem maior, em claro e notório dano social, com repercussão em toda a sociedade, obrigando a que o Judiciário atue no intuito de correção de prática tão danosa, por meio de condenação do respectivo empregador ao pagamento de indenização suplementar, de ofício, tendo como destinatária entidade reconhecidamente idônea



e de atuação reconhecida e irrepreensível em prol da coletividade, o que não configura decisão extra petita, e encontra guarida de ordem positiva no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, bem como em caros princípios do ordenamento jurídico pátrio, em especial o da dignidade da pessoa humana, a par de conferir concretude aos valores sociais do trabalho e a justiça social. (TRT 15ª Região, 3ª Turma, 6ª Câmara, Processo n. 0001032-98.2012.5.15.0156 RO, Origem: Vara Itinerante do Trabalho de Morro Agudo, Desembargador Relator, FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI)”

Outro efeito que decorre do princípio da intolerância frente ao ilícito trabalhista é o de que está obstada a atuação processual, infelizmente muito comum na Justiça do Trabalho, de homologação de acordos que representam renúncias a direitos, eis que esse procedimento torna válidas as práticas ilegais, favorecendo o empregador que descumpra a lei e, com isso, obtém vantagem econômica sobre a concorrência.

b) Geração de empregos (ou redução do desemprego)

Elevada à condição de fundamento jurídico, a promessa de geração de emprego impõe que se considere inválida toda a aplicação da lei que implique em transferência de trabalhadores da condição de empregos efetivos para empregos precários e, claro, toda forma de cessação coletiva de vínculos de emprego, ainda que com o disfarce do PDV, para a recolocação de outros trabalhadores, com salários menores e contratos precários. E isso não é mera teoria, pois dias depois da aprovação da “reforma”, uma instituição, cujo lucro líquido em 2016 foi de R\$17,121 bilhões, anunciou a abertura de um PDV para eliminação de 10 mil empregos⁸.

As fórmulas jurídicas criadas na “reforma”, como o trabalho intermitente, o contrato a tempo parcial, o trabalho temporário (com prazo ampliado), a terceirização da atividade-fim, nos termos pressupostos da “reforma”, só podem ter incidência concreta para ampliar o nível de emprego.

Isso representa que se extrai do conjunto normativo da “reforma” uma **cláusula geral de garantia de emprego contra a dispensa arbitrária** (conforme consagra, aliás, o art. 7º, I, da CF), ao menos no que se refere à impossibilidade da substituição de empregados efetivos por trabalhadores em contratos precários, até porque a transposição representaria o desatendimento do fundamento humanístico que se diz ter impulsionado a “reforma”, no sentido da preocupação com os 14 milhões de desempregados.

Assim, todo empregado que for conduzido ao desemprego para que outro, em contrato precário for contratado, tem o direito de ser reintegrado ao emprego, com o recebimento dos salários e demais direitos desde a dispensa até a efetiva reintegração, ou optar pelo recebimento em dobro dos salários do período do afastamento (da dispensa até a data da prolação da sentença), além dos demais direitos consequentes, nos termos do art. 4º da Lei n. 9.029/95, já que, como decorrência da vigência da Lei n. 13.467/17, o empregado com plenos direitos não pode, por ostentar tal condição, sofrer tratamento

⁸ Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bradesco-lanca-plano-de-demissao-voluntaria,70001888627>>

diferenciado, no sentido de ser considerado um privilegiado que deve ceder espaço aos menos remunerados e precários.

Não sendo assim, os empregados correm o risco de serem assediados pelos empregadores, servindo a lei, unicamente, como instrumento de poder do capital sobre o trabalho e a isso os defensores da reforma garantiram que a lei não serviria.

Registre-se que esse direito atinge, também, as situações de dispensas coletivas que se consumaram no período imediatamente anterior à aprovação da “reforma”⁹, vez que não se pode negar a relação de causa e efeito entre as dispensas e o advento futuro da lei.

Por aplicação do princípio clássico do Direito do Trabalho, da condição mais benéfica, os efeitos da nova lei só atingem as relações de emprego em curso para ampliar a proteção jurídica dos empregados, jamais para lhes impor retrocessos ou lhes submeter a uma condição de discriminação por “excesso” de direitos.

c) Não redução de direitos

Extraí-se dos argumentos da defesa da reforma, igualmente, o preceito de que os termos da Lei n. 13.467/17 não podem representar redução de direitos e, evidentemente, a análise do que seja redução deve partir de um ponto determinado para a devida comparação, que será, necessariamente, o da realidade existente antes do advento da nova lei, considerando o patamar estabelecido pelo conteúdo dos contratos individuais de trabalho, as disposições contidas em acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho e as previsões legais, dentre elas, certamente, aquelas constantes da “velha” CLT.

Por incidência do princípio da condição mais benéfica, cujo vigor foi preservado, não pode haver rebaixamento do patamar jurídico já fixado para os trabalhadores, até porque, como estabelecido no pressuposto da “reforma”, como se garantiu, não haveria qualquer redução de direitos para os trabalhadores.

d) Correspondência plena com a Constituição

Como dito expressamente em diversas ocasiões pelos patrocinadores da reforma, como, em tese, não poderia mesmo ser diferente, embora em tempos de ruptura democrática tudo possa ser tentado, não é possível que uma lei ordinária revogue uma Constituição.

⁹ Vale verificar que a “reforma”, mesmo antes de concluída, mas com a previsão de sua aprovação, já vinha produzindo o efeito das dispensas em massa para a recontração com menor preço ou, simplesmente, eliminar empregos. Vide em: -<<http://www.valor.com.br/financas/5036794/bradesco-lanca-plano-de-demissao-voluntaria>>-<<http://noticias.r7.com/economia/correios-abrem-plano-de-demissao-voluntaria-e-esperam-adesao-de-8200-empregados-16012017>>-<<http://www.esquerdadiario.com.br/Petrobras-abre-programa-de-demissao-voluntaria-para-mais-de-10-mil-trabalhadores>>-<<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/05/eletronbras-lanca-programa-de-demissao-voluntaria>>-<http://www.correioabraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/05/24/internas_economia,597357/conab-conclui-programa-de-demissao-voluntaria-em-junho.shtml>-<<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/07/1899176-fmu-demite-220-docentes-e-preocupa-alunos-com-anuncio-de-reformulacao.shtml>>



Os direitos trabalhistas, previstos constitucionalmente, devem estar todos integralmente garantidos, embora já se tenha tentado, historicamente, pela via oblíqua da interpretação, desconstituir a Constituição.

A grande questão, portanto, é saber o que, de fato, está consignado na Constituição, sendo que este “dever de casa” não foi devidamente realizado pelos impulsores da “reforma”.

Enfim, em 1º de fevereiro de 1987, instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte. Ao longo dos trabalhos, a Assembleia Constituinte esteve aberta a propostas de emendas populares. Para tanto, bastaria que as sugestões fossem encaminhadas por intermédio de associações civis e subscritas por, no mínimo, 30 mil assinaturas que atestassem o apoio popular à proposta.

Até o encerramento dos trabalhos, a Assembleia Constituinte recebeu mais de 120 propostas de emendas constitucionais nas mais diversas áreas, reunindo cerca de 12 milhões de assinaturas.

A Assembleia Nacional Constituinte, sob a Presidência de Ulysses Guimarães, eleito para tal função pelos constituintes em 02 de fevereiro de 1987, foi posta diante de grandes desafios, sendo certo que os trabalhadores se apresentavam como classe social em evidência, cujos interesses não podiam ser desconsiderados.

Não havia, portanto, quem se opusesse à ampliação das garantias aos trabalhadores. A única resistência se dava unicamente acerca dos limites dessa ampliação. Neste sentido, aliás, foi que se ativou o grupo político denominado “centrão”, apoiado por empresários e proprietários rurais (estes representados pela UDR – União Democrática Ruralista, organização ultraconservadora liderada por Ronaldo Caiado).

O resultado, de todo modo, foi a construção de uma Constituição que avançou bastante em valores sociais, mesmo que em alguns aspectos pudesse ter avançado muito mais.

Fato é que a valorização social do trabalho na Constituição é inegável.

No título dos **Princípios Fundamentais**, assegurou-se a **cidadania**, a **dignidade da pessoa humana** e os **valores sociais do trabalho** e da **livre iniciativa** (art. 1º). Repare-se que o valor social não diz respeito apenas ao trabalho, que estaria, para muitos olhares restritivos, limitado aos interesses da livre iniciativa, mas também a esta, que, assim, está contornada pelos valores sociais.

No artigo 3º restaram consignados como objetivos fundamentais da República: 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 artigo 4º estabeleceu que a prevalência dos Direitos Humanos deve reger a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais.

Mesmo no título dos clássicos “direitos civis”, a preocupação com a agenda social está evidenciada. O inciso XXII, do artigo 5º, garante o direito de propriedade, mas, logo na sequência, o inciso XXIII do mesmo artigo estabelece que a propriedade deve atender a sua função social.

O artigo 184 autorizou à União “**desapropriar por interesse social**, para fins de **reforma agrária**, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social”. O artigo 186, em complemento, esclareceu: “A **função social** é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- **observância das disposições que regulam as relações de trabalho**; IV- exploração que favoreça o **bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores**.”

É inegável que a Constituição brasileira preservou as bases do modelo capitalista: direito de propriedade, livre iniciativa e direitos individuais. No entanto, não o fez a partir de uma ordem jurídica liberal. O sistema jurídico constitucional fixou como parâmetro a efetivação de valores que considera essenciais para a formação de um “desenvolvimento sustentável”, ou, em outras palavras, um capitalismo socialmente responsável a partir dos postulados do Direito Social.

O artigo 170, que regula a ordem econômica nacional, não deixa margem para dúvida quanto a isso, quando estabelece que a ordem econômica, **fundada na valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim **assegurar a todos existência digna**, conforme os **ditames da justiça social**, observados, dentre outros, os princípios da **função social da propriedade**; da **redução das desigualdades regionais e sociais**; e da **busca do pleno emprego**.

Lembre-se, ainda, que o direito de greve, essencial à democracia, vez que instrumentaliza a necessária luta dos trabalhadores por melhores condições de vida e de trabalho, foi assegurado de forma ampla, sendo preconizado que **competem aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender** (art. 9º).

O capitalismo nacional, assim, do ponto de vista jurídico, está atrelado ao desenvolvimento social, não se podendo, pois, querer encontrar no próprio direito uma autorização para que o descumprimento das regras constitucionalmente fixadas no âmbito dos Direitos Sociais seja utilizado com estratégia econômica. Decididamente, a ordem jurídica não confere às empresas um direito para que, com o exercício do poder econômico, imponham aos trabalhadores uma redução das garantias sociais constitucionalmente fixadas. Desse modo, a negociação coletiva, que é reconhecida pela Constituição, não se presta à mera diminuição de direitos dos trabalhadores e à reivindicação de redução de custos e retirada de direitos – que se vislumbra com a ampliação da terceirização – sob o falacioso argumento de que isso serviria para alavancar a economia, não possui amparo constitucional.



Mesmo uma reforma constitucional não poderia caminhar no sentido da derrocada das conquistas históricas dos trabalhadores, vez que as cláusulas pétreas da Constituição não podem ser alteradas, sendo certo que nelas se incluem os direitos fundamentais, dentre os quais se encontram os direitos sociais (arts. 6º a 9º), pois, conforme bem pontua Paulo Bonavides, “só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, 4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais”¹⁰.

Está mais que evidente, portanto, que a Constituição avançou na proteção dos direitos dos trabalhadores, ainda mais se considerarmos que estes foram alçados ao Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, tendo como propósito claro alcançar a melhoria da condição social dos trabalhadores, notadamente por meio da compreensão da relação de emprego **protegida contra despedida arbitrária** ou **sem justa causa** (art. 7º caput e inciso I).

Assim, ao contrário do que se tentou consagrar pela contrarreforma neoliberal da década de 90, e que foi retomado pelos defensores da atual “reforma” trabalhista, a flexibilização não foi uma opção constitucional, até porque o termo flexibilização não foi utilizado em nenhum dos inúmeros debates travados na Comissão de Sistematização, expressos em 2.397 páginas.

Os debates na Comissão foram marcados, isto sim, por uma atuação de resistência de constituintes ligados ao empresariado às inúmeras propostas de ampliação de direitos trabalhistas, tendo havido, inclusive, a apresentação, em 27/08/87, da Emenda Popular n. 54, com 630.714 assinaturas de trabalhadores pleiteando a consagração de: estabilidade no emprego; redução da jornada para 40 horas; férias em dobro; direito de greve; aposentadoria integral e autonomia sindical.

O conteúdo que se extrai dos debates passa ao largo de toda a discussão trazida em parte da doutrina trabalhista, em torno da adoção de um sistema jurídico trabalhista que atendesse às necessidades das empresas em tempos de crise, de modo a abalar os princípios básicos do Direito do Trabalho. Muito pelo contrário, com relação ao papel a ser cumprido pela Constituição, de elevar os direitos trabalhistas, houve pleno consenso, estabelecendo-se divergência apenas quanto ao alcance desses avanços.

O intenso debate travado sobre a estabilidade no emprego é prova consistente disso, pois a única divergência estabelecida foi quanto a se deveria adotar uma forma de proteção do emprego plena ou mitigada, inspirada, esta última, na previsão da Convenção 158 da OIT, da proteção contra a dispensa arbitrária.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 597

O resultado de um avanço menos intenso dos direitos dos trabalhadores na Constituição foi fruto das intensas articulações do “centrão” e da mobilização das forças empresariais, o que levou, inclusive, aos trabalhistas a se sentirem derrotados com os termos finais da Constituição porque não foi até os pontos que pretendiam, chegando mesmo a votar contra o texto final, embora a tivessem assinado.

Não houve em momento algum a apresentação de proposições que buscassem retrocessos nos direitos trabalhistas, até porque não havia ambiente político favorável para tanto no âmbito da Constituinte.

Assim, não será possível encontrar na Constituição Federal um fundamento para justificar situações concretas em que uma “flexibilização” represente diminuição do patamar jurídicos dos trabalhadores.

De forma concreta, por exemplo, é não se poderá conferir validade jurídica ao recebimento do valor de salário inferior a um salário mínimo nos contratos intermitentes, vez que a Constituição Federal (art. 7º, IV), sem abrir qualquer excepcionalidade, assegurou aos trabalhadores, em seus vínculos de emprego, independente da modalidade ou número de horas trabalhadas no mês (sendo que um menor número de horas de trabalho representa uma condição mais favorável ao trabalhador), o recebimento de um salário mínimo, que representa, igualmente, um balizador da concorrência entre os diversos empregadores

e) Flexibilização, para melhor adaptação da lei a determinadas necessidades

O termo “flexibilização”, como já ocorrera na década de 90, foi utilizado como um eufemismo para não se perceber a realidade, embutida na fórmula do negociado sobre o legislado, de uma imposição, pela força, aos sindicatos, da aceitação de redução de direitos, mas que não aparece como tal e sim como efeito de uma negociação. Mas se para “flexibilizar” é preciso superar a lei é porque o que se pretende é diminuir o alcance das garantias legais em favor dos trabalhadores, pois, como se sabe, para ampliar os direitos, nunca houve impedimento jurídico.

De todo modo, o que restou da “reforma” foi um compromisso de que a “flexibilização” não reduzirá direitos, até porque é totalmente equivocado, considerando os preceitos constitucionais, os princípios jurídicos trabalhistas e as Convenções da OIT, entender que acordos e convenções coletivas de trabalho possam, sem qualquer avaliação de conteúdo, reduzir direitos trabalhistas legalmente previstos, simplesmente porque a Constituição previu o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (inciso XXVI, do art. 7º) e permitiu, expressamente, por tal via, a redução do salário (inciso VI, art. 7º), a compensação da jornada (inciso XIII, art. 7º) e a modificação dos parâmetros da jornada reduzida para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV, do art. 7º).

Ora, o artigo 7º, em seu “caput”, deixa claro que os incisos que relaciona são direitos dos trabalhadores, ou seja, direcionam-se a um sujeito específico, o trabalhador, não se podendo entendê-las, conseqüentemente, como algum tipo de proteção do interesse econômico dos empregadores. Além disso, as normas são, inegavelmente, destinadas à melhoria da condição social dos trabalhadores.



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

O inciso VI, do art. 7º, por exemplo, que cria uma exceção ao princípio da irreduzibilidade salarial, permitindo a redução do salário, e nada além disso, por meio de negociação coletiva, insere-se no contexto ditado pelo “caput” do artigo, qual seja, o da melhoria da condição social do trabalhador e não se pode imaginar, por evidente, que a mera redução de salário represente uma melhoria da condição social do trabalhador. Assim, o dispositivo em questão não pode ser entendido como autorizador de uma redução de salário só pelo fato de constar, formalmente, de um instrumento coletivo (acordo ou convenção).

A norma tratada, conseqüentemente, só tem incidência quando a medida se considere essencial para a preservação dos empregos, atendidos certos requisitos. A Lei n. 4.923/65, ainda em vigor, mesmo que parte da doutrina assim não reconheça, pois não contraria a Constituição, muito pelo contrário, fixa as condições para uma negociação coletiva que preveja redução de salários: redução máxima de 25%, respeitado o valor do salário mínimo; necessidade econômica devidamente comprovada; período determinado; redução correspondente da jornada de trabalho ou dos dias trabalhados; redução, na mesma proporção, dos ganhos de gerentes e diretores; autorização por assembleia geral da qual participem também os empregados não sindicalizados.

A própria Lei de Falência e Recuperação Judicial, n. 11.101/05, de vigência inquestionável, parte do pressuposto ao respeito à política de pleno emprego, à valorização social do trabalho humano e à obrigação de que a livre iniciativa deve assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A recuperação judicial é um mecanismo jurídico, cuja execução compete ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, e tem por finalidade preservar as empresas que estejam em dificuldade econômica não induzida por desrespeito à ordem jurídica e que tenham condições de se desenvolver dentro dos padrões fixados pelo sistema, tanto que um dos requisitos necessários para a aprovação do plano de recuperação é a demonstração de sua “viabilidade econômica” (inciso II, do art. 53, da Lei n. 11.101/05).

O art. 47, da Lei n. 11.101/05, é nítido quanto a estes fundamentos: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (grifou-se)

Fácil verificar, portanto, que tal lei não se direciona à mera defesa do interesse privado de um devedor determinado. A lei não conferiu um direito subjetivo a quem deve, sem se importar com a origem da dívida e a possibilidade concreta de seu adimplemento. Não estabeleceu, conseqüentemente, uma espécie de direito ao “calote”, até porque sem

a possibilidade concreta de manter a atividade da empresa com base em tais postulados esta deve ser conduzida à falência (art. 73, da Lei n. 11.101/05).

O que há na lei é a defesa das empresas numa perspectiva de ordem pública: estímulo à atividade econômica, para desenvolvimento do modelo capitalista, preservando empregos e, em conformidade com a Constituição, visualização da construção de uma justiça social.

A lógica do ordenamento jurídico que se direciona à manutenção da atividade produtiva das empresas é a da preservação dos empregos, admitindo como meios de recuperação judicial, a “**redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva**” (art. 50, inciso VIII, da Lei n. 11.101/05).

Para tanto, exige-se, ainda, a “exposição das causas concretas da situação patrimonial” da empresa e “das razões da crise econômico-financeira” (inciso II, do art. 51), além da “demonstração de sua viabilidade econômica” (inciso II, do art. 53), dentre diversos outros requisitos, sendo relevante destacar que a dispensa coletiva de empregados, em respeito ao art. 7º, I, da Constituição, não está relacionada como um meio de recuperação da empresa (vide art. 50).

Como se vê, a ordem jurídica não autoriza concluir que os modos de solução de conflitos trabalhistas possam ser utilizados como instrumentos de meras reduções dos direitos dos trabalhadores, sendo relevante realçar os fundamentos que lhe são próprios, conforme acima destacado: a) fixar parâmetros específicos para efetivação, em concreto, dos preceitos normativos de caráter genérico referentes aos valores humanísticos afirmados na experiência histórica; b) melhorar, progressivamente, as condições sociais e econômicas do trabalhador.

O sistema jurídico constitucional, reitere-se, serve como instrumentalização do modelo capitalista, fixando como parâmetro a efetivação de valores que considera essenciais para a formação de um “desenvolvimento sustentável”, ou seja, um capitalismo que segue as balizas da eficácia dos Direitos Humanos (individuais, sociais e ambientais). Em linguagem midiática, para comover o consumidor, fala-se em “responsabilidade social”, “consciência ecológica” ou “ética concorrencial”. Tudo isso dentro de uma lógica que almeja privilegiar quem age corretamente no que se refere ao respeito das normas jurídicas constitucionais.

f) Modernização da legislação, acompanhando a evolução tecnológica

Aqui nem há muita consequência a se extrair, dado o ponto fantasioso que o argumento alcança. De todo modo, é possível negar vigência a diversos dispositivos da Lei n. 13.467/17 que, contrariando o seu próprio enunciado, não se vale do potencial tecnológico para, por exemplo, atribuir eficácia concreta ao direito constitucional à limitação da jornada de trabalho com relação aos trabalhadores em teletrabalho, ou para conferir efetividade à execução no processo do trabalho.



g) Fortalecimento da atuação sindical

Dentro do objetivo da reforma de ampliar a força do sindicato, há de se negar validade a diversos dispositivos da Lei que, expressamente, afastam o sindicato de decisões importantes da vida dos trabalhadores na sua relação com o empregador.

Além disso, tem-se como efeito necessário o acatamento da efetiva aplicação do dispositivo constitucional que garantiu aos trabalhadores o livre exercício do direito de greve (art. 9º), sem possibilidade, portanto, de intervenção estatal para coibir a greve e obrigar os trabalhadores e retornar ao trabalho.

O fortalecimento da atuação sindical, além disso, retira a representação sindical das amarras da categorização fixada na “velha” CLT. Os sindicatos poderão atuar dentro de uma lógica multicategorial, respeitados, evidente, os preceitos democráticos para a sua constituição e o seu desenvolvimento.

Sobressai, ademais, a compreensão da prática de atos antissindicais como um dano social, nos termos da Ementa abaixo:

“ATOS ANTISSINDICAIS. DUMPING SOCIAL. DANO SOCIAL. REPERCUSSÃO ATUAL E FUTURA NA SOCIEDADE. FIXAÇÃO PRUDENTE DE INDENIZAÇÃO ADICIONAL DE OFÍCIO EM DISSÍDIO COLETIVO. A prática de atos antissindicais por intermédio do “dumping social”, com repercussão em toda a sociedade, não pode ser menosprezada pelo Judiciário Trabalhista. Não se pode ignorar que tal ato prejudica não apenas os trabalhadores, bem como a razoável duração dos demais processos decorrentes da propositura de novas reclamações postulando os direitos decorrentes, mas a própria economia, na medida em que provocará a concorrência desleal com os demais empresários. Pior ainda, constitui perigoso precedente, que poderá ser copiado pelos demais concorrentes. Identificado o “dumping”, os prejuízos causados e o risco para a sociedade, pode o Judiciário, para cumprir o dever de estabelecer a justa recomposição, conceder indenização adicional de ofício em favor de estabelecimento local benemerente. Assim, apesar da regra geral insculpida no art. 460 do CPC, a interpretação sistemática da legislação (arts. 461, § 5º, do CPC; 186, 187, 404, 883, 944 e 927 do CC; 81, 84 e 100, do CDC) abre um leque de opções proporcionais à extensão do dano, especialmente nos feitos coletivos, mediante a fixação prudente e equilibrada de indenização adicional. Devida, assim, indenização adicional em favor de entidade benemerente.” (TRT 15ª Região - SDC – Processo n. 0000385-86.2012.5.15.0000 - DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE – Desembargador Relator, SAMUEL HUGO LIMA – DJ 15/05/2012)”

4. Conclusão

Como se vê, os próprios argumentos que foram utilizados no processo legislativo para que a “reforma” fosse impulsionada a toque de caixa, isto é, sem o tempo necessário

para uma mínima reflexão inclusive daqueles que, mesmo sem querer saber qual seria o destino, embarcaram na nau da “reforma”, conferem a possibilidade de combater o objetivo não assumido da “reforma”, que é o da imposição de rebaixamento salarial, redução de direitos, precarização e fragilização da classe trabalhadora.

É que mesmo a tal “CLT de Temer” não pertence a Temer e seus companheiros. Como todas as demais leis, a Lei n. 13.467/17 se integra ao ordenamento jurídico e o seu sentido pleno somente se dará pela consonância com as demais normas e princípios, com observância dos fundamentos que a embasaram no processo legislativo e, claro, mediante o essencial respeito aos preceitos constitucionais e aos valores consignados em Tratados internacionais de Direitos Humanos, nas Convenções da OIT e nos princípios específicos do Direito do Trabalho.

Do ponto de vista formal, para aqueles que compreendem a relevância da rede de proteção social, a qual impõe limites aos interesses puramente econômicos, de grupos localizados, e se comprometeram, por dever funcional, com a efetivação dos preceitos constitucionais e internacionais ligados ao projeto que pressupõe a melhoria efetiva da vida em sociedade, sobressaindo, para esse efeito, os princípios do Direito do Trabalho, a derrota no procedimento legislativo é um fato consumado (embora, claro, não seja imutável, estando sempre sujeito a reversão), mas a “luta pelo Direito” está só começando e será justamente nesse momento que as falas e os atos vão se expressar de modo ainda mais revelador.

São Paulo, 15 de julho de 2017.



O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista

Jorge Luiz Souto Maior¹

Valdete Souto Severo²

Esclarecemos desde logo que reiteramos a nossa avaliação de que a reforma trabalhista, levada a cabo para atendimento dos interesses do grande capital, é **ilegítima**, por ter sido mero instrumento de reforço dos negócios de um setor exclusivo da sociedade, o que, além disso, desconsidera a regra básica da formação de uma legislação trabalhista, que é a do diálogo tripartite, como preconiza a OIT, e também por conta da supressão do indispensável debate democrático que deve preceder a elaboração, discussão e aprovação de uma lei de tamanha magnitude, ainda mais com essa intenção velada de afrontar o projeto do Direito Social assegurado na Constituição Federal.

Por ser ilegítima, a Lei nº 13.467/17, que resultou da reforma, não deve ser aplicada, sob pena de se conferir um tom de normalidade ao grave procedimento em que se baseou, que melhor se identifica como um atentado à ordem democrática e como uma ofensa ao projeto constitucional baseado na proteção da dignidade, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da prevalência dos Direitos Humanos, da função social da propriedade, da melhoria da condição social dos trabalhadores, da política do pleno emprego e da economia regida sob os ditames da justiça social.

Os profissionais do Direito, portanto, por dever funcional e também ditados por sua responsabilidade enquanto cidadãos que respeitam a ordem constitucional, devem rejeitar a aplicação da Lei nº 13.467/17.

Ao mesmo tempo, o momento representa uma oportunidade para a classe trabalhadora avaliar quais foram as dificuldades que experimentou para a compreensão plena do momento vivido e que inviabilizou uma melhor organização e o incremento de uma resistência mais ampla e eficaz à reforma.

A presente situação permite, ainda, que se possa refletir sobre os limites das apostas feitas no Direito como impulsionador de mudanças reais e concretas na realidade para o desenvolvimento de uma sociedade efetivamente melhor e justa, pois o retrocesso imposto foi justificado pelo fato de que a compreensão social do Direito do Trabalho estava efetivamente avançando.

Não se pode, igualmente, negar o debate paralelo, de natureza político-partidária, que se instaurou a propósito do tema. Neste sentido, muitos visualizaram a contrariedade ao projeto de lei como uma forma de auferir dividendos eleitorais, o que desmotivou o advento de uma resistência mais contundente. Agora que a derrota no processo legisla-

¹ Professor Livre Docente da USP. Juiz do Trabalho do TRT2-SP.

² Doutora em Direito pela USP. Juíza do Trabalho do TRT4-RS.

tivo se consagrou e a reforma se transformou em lei, a par de continuarmos disseminando a compreensão em torno da ilegitimidade desta, para efeito de sua rejeição integral, o certo é que não podemos apenas realçar ou até reforçar os prejuízos da reforma, por meio da assimilação das interpretações que evidenciam seus malefícios. Isso serviria, meramente, para entrar no jogo político eleitoral ou, de forma mais idealista, pretender que algum tipo de impulso revolucionário possa advir daí. E, por outro lado, pode acabar facilitando a vida dos patrocinadores da reforma, no seu propósito de aumentar lucros por meio da redução de direitos trabalhistas.

Por isso, o exercício de buscar interpretações juridicamente possíveis da Lei nº 13.467/17, para coibir seus efeitos mais nefastos, o que é bastante complexo, envolto mesmo em contradições, talvez não agrade a muitos que interagem com esse assunto por meio de interesses não revelados.

Certamente, também não nos agrada. O problema é que enquanto se levar adiante, como única via, no campo jurídico, a aposta na declaração de ilegitimidade – que fica mais distante, quando percebemos o quanto o Direito se integra às estruturas de poder –, o sofrimento dos trabalhadores no dia a dia das relações de trabalho só aumentará (e nada mais).

Assim, sem abandonar essa perspectiva de rejeitar, por completo, a aplicação dessa lei, sem abandonar o ideal social de buscar racionalidade e formas de superação de um modelo de sociedade que já deu inúmeras mostras de suas limitações enquanto projeto para a humanidade, e sem desprezar o efeito eleitoral que deve advir dessa tentativa político-econômica de desmonte social, faz-se necessário aos magistrados e juristas, lidando, no plano limitado do imediato, até para cumprimento do dever funcional de fazer valer a ordem constitucional e os princípios dos Direitos Humanos, buscarem os fundamentos jurídicos que impeçam que a Lei nº 13.467/17 conduza os trabalhadores, concretamente, à indulgência e à submissão.

Isso não significa, de modo algum, salvar a lei ou os seus protagonistas, que devem, efetivamente, receber um julgamento histórico pelo atentado cometido, até porque é somente com muito esforço e extrema boa vontade, impulsionada pela necessidade determinada pela derrota da aprovação da lei, que se pode chegar a esse resultado de obstar os efeitos destruidores, de tudo e de todos, contidos potencialmente na Lei nº 13.467/17.

Aliás, esse embate técnico-jurídico toma ares de urgência, na medida em que os autores da reforma, prevendo as resistências jurídicas e sabendo, portanto, que a aprovação da lei foi apenas o primeiro passo, estão prontos para dar novas cartadas e uma delas é manter a Justiça do Trabalho sob a ameaça de extinção.

O risco que se corre, sério e iminente, é o de se tentar agradar ao poder econômico, que, atualmente, controla a vida nacional sem a intermediação da política, e, assim, não só acatar os termos da reforma, como admitir os sentidos restritivos de direitos e até ir além, propondo compreensões teóricas que superam as regressões contidas na lei, assumindo-se, inclusive, o valor que os próprios políticos e os defensores da “reforma” em nenhum



momento tiveram que assumir publicamente: a redução dos direitos dos trabalhadores como consequência “bem-vinda” da incidência da Lei nº 13.467/17 no Direito do Trabalho.

Mas isso é um erro técnico, como demonstrado no presente texto, e não representa nenhum tipo de preservação da Justiça do Trabalho, até porque, na essência, eliminando-se a preocupação com o princípio que fundamenta o Direito do Trabalho, que determina a própria razão da existência de uma Justiça especializada, voltada a expressar valores sociais e humanos que impõem limites ao poder econômico, o que se estará dizendo é: “acabemos nós mesmos com a Justiça do Trabalho antes que outros o façam”.

Aliás, outro risco que se corre – e este a sociedade devia perceber, urgentemente – é que os políticos que encaminharam essa reforma, buscando obter imunidade nas acusações de corrupção, tentem emplacar, agora, o argumento de que as eleições podem travar a economia e, assim, aprofundarem o Estado de exceção e o estágio de falência democrática, levando consigo também os direitos civis e políticos.

Vide, a propósito, a chamada da reportagem publicada no jornal Valor Econômico, edição de 21/06/17: “Eleição de 2018 ameaça reformas, dizem analistas”³.

Fato é que sem a construção de argumentos jurídicos que destruam os caminhos das perversidades da Lei nº 13.467/17, muitos passarão simplesmente a aplicá-la, motivados pela ausência de reflexão, pela premência de tempo ou mesmo pelo excesso de trabalho, e seguirão lesando o projeto constitucional de proteção dos trabalhadores.

1. Não aplicar, aplicando

Não temos dúvida de que o conjunto da reforma, em mais de 200 dispositivos, é todo ele voltado ao atendimento dos interesses dos empregadores e, mais especificamente, aos grandes empregadores, e o exercício proposto, de atividade interpretativa, não altera esse dado, que, ademais, já consta, muito claramente, de todos os registros históricos.

Então, ao se chegar a efeitos benéficos ou não prejudiciais aos trabalhadores pela via da interpretação e da integração da Lei nº 13.467/17 ao conjunto normativo, ao qual se integram os princípios jurídicos, não se está extraindo aspectos positivos da reforma e sim, concretamente, impedindo que aqueles efeitos pretendidos (mas não divulgados abertamente) pelos seus elaboradores sejam atingidos.

O método utilizado para tanto, dentro dessa via intermediária da preocupação com os resultados imediatos, não é, como dito, o de rejeitar a aplicação da lei, mas o de impedir que os efeitos que se pretendiam atingir com ela sejam atingidos, o que, no plano do real, pode ser um não aplicar.

Enfim, parafraseando o método de raciocínio desenvolvido pelo mestre Márcio Túlio Viana para enfrentar, na década de 90, a legislação e os argumentos neoliberais que

³ Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/5011788/eleicao-de-2018-ameaca-reformas-dizem-analistas>, acesso em 25/07/17.

almejavam, já naquela época, destruir o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, o que se promove é um “não aplicar, aplicando”.

Aliás, como já manifestado em outro texto, foram os próprios argumentos apresentados como fundamentos da reforma que inauguraram essa (ir)racionalidade, pois os dispositivos da lei atendem exclusivamente aos interesses dos empregadores e os fundamentos trazidos foram no sentido da **preocupação com a melhoria da condição de vida do conjunto dos trabalhadores**, incluindo os excluídos, sem retirada de direitos. Assim, ao se aplicar os dispositivos da lei, não se aplicam os seus fundamentos. Trata-se, portanto, igualmente, de um não aplicar, aplicando.

Claro que esses fundamentos são falsos e ao se aplicar a lei, rebaixando o patamar de direitos dos trabalhadores e aumentando as margens de lucro dos empregadores, o que se teria é uma perfeita harmonia entre os objetivos da lei e os efeitos por ela produzidos. Mas como os fundamentos retoricamente utilizados para a sua aprovação foram os da **proteção dos trabalhadores**, torna-se possível aplicar a lei em consonância com esses fundamentos, os quais, ademais, se enquadram nos fundamentos clássicos do Direito do Trabalho e aí o que se terá como resultado é um não aplicar dos objetivos reais pretendidos pela reforma, **aplicando a lei com suporte em seus fundamentos retóricos**.

Desse modo, por exemplo, se o atual texto do artigo 8º pretende impedir que “súmulas e outros enunciados de jurisprudência” restrinjam direitos, tem-se o argumento definitivo e necessário para não mais aplicar as tantas súmulas que contrariam normas constitucionais. E se o juiz deve examinar a norma coletiva atentando para as regras do Código Civil, a boa fé objetiva, a transparência, a lealdade, a ausência de abuso de direito serão parâmetros obrigatoriamente observados juntamente com a norma do art. 1.707, que impede cessão, compensação ou renúncia de crédito alimentar.

2. O acesso à justiça como direito

Para introduzir a análise sobre os temas processuais o ponto de partida é o mesmo, ou seja, a lembrança de que o termo de garantia da aprovação da reforma foi o de que **não haveria eliminação de direitos dos trabalhadores**.

Pois bem, o **acesso à justiça é um direito fundamental** da cidadania, que tem sede constitucional e nas declarações internacionais de Direitos Humanos, assim, a Lei nº 13.467/17 não pode impedi-lo.

As alterações nas regras processuais, propostas pela Lei nº 13.467/17, precisam ser compreendidas e aplicadas à luz da atual noção do direito de acesso à justiça como um direito fundamental, que é condição de possibilidade do próprio exercício dos direitos sociais. Esse é o referencial teórico que permitirá, também no âmbito processual, o uso das regras dessa legislação “contra ela mesma”, construindo racionalidade que preserve as peculiaridades do processo do trabalho e a proteção que o justifica.



Para isso, ainda que brevemente, precisamos resgatar o caminho até aqui trilhado pela doutrina, que determina esse reconhecimento de um direito fundamental à tutela jurisdicional.

No Estado liberal o acesso à justiça era concebido como um direito natural e como tal não requeria uma ação estatal para sua proteção. O Estado mantinha-se passivo, considerando que as partes estavam aptas a defender seus interesses adequadamente⁴. Com o advento do Estado Social surge a noção de direitos sociais e, paralelamente, o reconhecimento de que uma ação efetiva do Estado seria necessária para garantir o implemento desses novos direitos. Por isso, o assunto pertinente ao acesso à justiça está diretamente ligado ao advento de um Estado preocupado em fazer valer direitos sociais, aparecendo como importante complemento, para que “as novas disposições não restassem letras mortas”⁵.

O movimento de acesso à justiça apresenta-se sob dois prismas: no primeiro ressalta-se a necessidade de repensar o próprio direito; no segundo preocupa-se com as reformas que precisam ser introduzidas no ordenamento jurídico, para a satisfação do novo direito, uma vez que pouco ou quase nada vale uma bela declaração de direitos sem remédios e mecanismos específicos que lhe deem efetividade.

Sob o primeiro prisma (denominado método de pensamento), o movimento é uma reação à noção do direito como conjunto de normas, estruturadas e hierarquizadas, cujo sentido e legitimidade somente se extraem da própria coerência do sistema. Na nova visão o direito se apresenta como resultado de um processo de socialização do Estado, e passa a refletir preocupações sociais, como as pertinentes à educação, ao trabalho, ao repouso, à saúde, à previdência, à assistência social etc.

Sob o segundo prisma, o movimento se desenvolve em três direções, chamadas “as três ondas do movimento do acesso à justiça”.

A primeira onda, que diz respeito aos obstáculos econômicos de acesso à justiça, consiste, por isso mesmo, na preocupação com os problemas que os pobres possuem para defesa de seus direitos. Esses problemas são de duas ordens: judicial e extrajudicial. Extrajudicialmente, preocupa-se com a informação aos pobres dos direitos que lhe são pertinentes (pobreza jurídica) e com a prestação de assistência jurídica nas hipóteses de solução de conflitos por órgãos não judiciais. Judicialmente, examinam-se os meios a que os pobres têm acesso para defenderem, adequadamente, esses direitos (pobreza econômica). Para eliminação do primeiro problema, o movimento sugere a criação de órgãos de informação a respeito dos direitos sociais. Para supressão do segundo, a eliminação ou minimização dos custos do processo, inclusive quanto aos honorários de advogado⁶.

A segunda onda, de cunho organizacional, tende a examinar a adequação das instituições processuais, especialmente no que se refere à legitimidade para a ação, às novas

⁴ Access to Justice - Mauro Cappelletti and Bryant Garth, Sijthoff and Noordhoff - Alpehna Andenrijin, Dott. A. Giuffrè Editore - Milan, 1978.

⁵ “Accès a la Justice et État-Providence”, *Economica*, Paris, 1984, p. 33.

⁶ Santos, Boaventura de Souza, “Introdução à sociologia da administração da Justiça”, in *Direito e Justiça*, organizador, José Eduardo de Oliveira Faria, São Paulo, Ática, 1989, p. 45-6.

realidades criadas pela massificação das relações humanas, gerando uma grande gama de interesses difusos e coletivos, cuja satisfação nem sempre se mostra fácil diante das perspectivas do direito processual tradicional, essencialmente individualista.

A terceira onda caracteriza-se pela ambiciosa preocupação em construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, com implementação de fórmulas para simplificação dos procedimentos, pois as mudanças na lei material, com vistas a proporcionar novos direitos sociais, podem ter pouco ou nenhum efeito prático, sem uma consequente mudança no método de prestação jurisdicional.

O acesso à justiça pressupõe, portanto, a efetividade do processo. Mas, como explicam Cappelletti e Garth a efetividade é algo vago. Para dar substância à ideia, traduz-se a efetividade em “igualdade de armas”, como garantia de que o resultado final de uma demanda dependa somente do mérito dos direitos discutidos e não de forças externas. Advertem, no entanto, os autores citados que essa igualdade é uma utopia e que pode ser que as diferenças entre as partes nunca sejam completamente erradicadas⁷.

Desse modo, o primeiro passo na direção da efetividade consiste, exatamente, na identificação das barreiras que impedem o acesso à justiça e a própria efetividade do processo; o segundo, como atacá-las; e o terceiro, a que custo isso se faria. As barreiras são: a desinformação quanto aos direitos; o descompasso entre os instrumentos judiciais e os novos conflitos sociais; os custos do processo e a demora para solução dos litígios, que constitui fator de desestímulo.

Por tudo isso, vale a observação de Mauro Cappelletti, no sentido de que o acesso à justiça pressupõe um novo método de analisar o direito, em outras palavras, uma nova maneira de pensar o próprio direito. Nesse novo método o direito é analisado sob a perspectiva do “consumidor”, ou seja, daqueles que são o alvo da norma, e não sob o ponto de vista dos “produtores” do Direito. O acesso à justiça, nesse contexto, aparece como a garantia de que o sujeito poderá, efetivamente, consumir o direito que lhe fora direcionado, servindo-se, se necessário, do Estado para tanto⁸.

Esse é o pressuposto que deve orientar os intérpretes aplicadores do processo do trabalho, mesmo depois de alterado pela Lei nº 13.467/17, sob pena de se negar a própria razão de ser da Justiça do Trabalho.

3. O Processo como Direito Fundamental

Conforme preconizava o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”,

⁷ Access to Justice - Mauro Cappelletti and Bryant Garth, Sijthoff and Noordhoff - Alpehna Andenrijin, Dott. A. Giuffrè Editore - Milan, 1978, p. 10.

⁸ “Acesso alla Giustizia come Programa di Riforma e como Metodo de Pensiero”, Revista da Universidade Federal de Uberlândia, n. 12, p. 320, 1983.



Essa afirmação dos direitos do homem, no primeiro momento, tem a finalidade de superar o absolutismo do Estado religioso. Ainda que tenha representado considerável avanço, os fundamentos da Revolução Francesa, de 1789, não correspondem aos ideais assumidos pela humanidade a partir do século XX.

De forma contemporânea à formação da sociedade burguesa desenvolveu-se um modelo de produção de índole capitalista, o qual, por sua vez, gerou complicações sociais que aos poucos demonstraram não encontrar uma solução dentro dos padrões jurídicos da ordem liberal.

As relações capitalistas impulsionadas no ambiente jurídico legado pela Revolução Francesa (Lei Le Chapelier, 1791, e Código de Napoleão, 1804, que se baseavam na liberdade dos iguais e na igualdade do ponto de vista formal) geraram riquezas para alguns e extrema pobreza para muitos. Os desajustes de ordem social, econômica e política provocados puseram em risco concreto a sobrevivência do homem na terra. Desde a grande revolta de 1848, passando pelas Revoluções do México, da Alemanha e da Rússia, no início do século XX, a convivência humana passou a ser marcada por grandes conflitos de classes.

Desses conflitos, advieram duas guerras de âmbito mundial. No final da 1ª guerra foi criada a OIT, Organização Internacional do Trabalho, para regulação da relação capital-trabalho em uma perspectiva supranacional. Após a 2ª guerra mundial, a OIT é elevada a órgão permanente da ONU. A duras penas, os seres humanos aprenderam a lição de que mesmo no capitalismo a solidariedade e a justiça social devem ser vistas como valores fundamentais.

Assim, a concepção inicial de Direitos do Homem é alterada para ser concebida na ótica dos Direitos dos Seres Humanos, abrangendo a todos, sem qualquer distinção. “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, passa a preconizar o artigo 1º., da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Na Constituição da OIT, por exemplo, é possível verificar as certezas de que “uma paz mundial e durável somente pode ser fundada sobre a base da justiça social” e de que havendo condições de trabalho que impliquem privações das quais advenham descontentamentos põe-se em risco a harmonia universal.

Como se vê, os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social) buscam fazer com que ao desenvolvimento econômico corresponda, na mesma proporção, justiça social. Assim, na perspectiva do Direito Social, não basta respeitar o outro, deve-se, concretamente, agir para que os seus direitos sejam efetivados.

Essa lição, no entanto, não é facilmente apreendida. Somente passa a ser seriamente considerada a importância da concretização dos direitos sociais após uma nova segunda guerra mundial. Desde então enuncia-se, expressamente, em diversos documentos internacionais, a certeza de que para se atingir a necessária justiça social não basta a enunciação

de direitos. A flagrante negligência quanto à efetivação desses direitos é posta como razão de grande importância para o advento da segunda guerra.

A efetivação dos Direitos Fundamentais, e, em especial, dos direitos sociais, passa a ser, ela própria, então, uma questão fundamental.

Bem sabemos que essa necessidade histórica acaba por se revelar, em grande medida, por uma retórica protetiva que poucas vezes consegue refletir na prática das relações sociais. Ainda assim, para a compreensão da função que o processo desempenha na sociedade capitalista e, especialmente, do que significa a preservação de um processo trabalhista, inspirado na proteção, é preciso revisitar os parâmetros que o próprio Estado entendeu por bem adotar, no que tange ao chamado “direito ao processo”, ou, como preferem os europeus, “direito ao juiz”.

Na Declaração Universal, de 1948:

“Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950: “

Artigo 6º - 1- Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

No Pacto dos Direitos Civis e Políticos, de 1966:

“Art. 14 - 1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tomar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.”



Na Declaração Universal Dos Direitos do Homem, de 1948:

“Artigo 10: Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948:

“Artigo XVIII - Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.”

No Pacto de São José da Costa Rica, de 1969:

“Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”
(...) Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Todas essas normas devem servir de parâmetros para o olhar que devemos ter para o processo do trabalho, mesmo com a desfiguração pretendida pela Lei 13.467/17 e que, como veremos, não nos impede (antes, nos convida) de construir uma racionalidade que a neutralize, preservando a essência da proteção que o justifica.

4. A função do Processo do Trabalho

Em uma realidade na qual os trabalhadores não têm garantia alguma contra a despedida, lutar pela efetividade dos direitos materiais é no mais das vezes uma ilusão. No ambiente de trabalho, lá onde a relação efetivamente ocorre, o trabalhador tem, via de regra, apenas duas opções: ou se submete às condições impostas pelo empregador ou sofre com a despedida “imotivada”.

É por isso que duras realidades como a da terceirização sem limites ou a da realização de jornadas de 12h, sem intervalo e muitas vezes estendidas para “cobrir” a falta do colega que deveria trabalhar no turno sucessivo, já ocorriam bem antes da entrada em vigor do texto que infelizmente veio para tentar cancelar essas formas de exploração desmedidas.

Nenhum trabalhador ou trabalhadora, isoladamente (e mesmo com atuação do sindicato, premido pela mesma insegurança jurídica que assola os trabalhadores), tem condições reais de exigir do empregador que respeite o intervalo para descanso; que conceda o direito à amamentação; que mantenha um ambiente de trabalho saudável. Tal constatação

faz perceber, com nitidez, que o único momento em que o trabalhador realmente consegue tentar fazer valer os seus direitos, colocando-se em condições, ao menos formais, de ser ouvido, é quando ajuíza sua demanda trabalhista.

É necessário, pois, que as formas jurídicas do processo não sirvam para reproduzir e, assim, reforçar a opressão do local de trabalho. Reconhecendo a realidade concreta, a função do processo é eliminar os obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa.

Não é de hoje que o grande capital vem se esforçando para colonizar o Poder Judiciário, tentando fazer com que o processo se transforme em mais um “bom negócio”, de tal sorte que pagar dívidas ou honrar créditos trabalhistas se tornou mera opção do empregador. Nas últimas décadas, a própria Justiça do Trabalho sofreu alguns efeitos dessa colonização, com súmulas endereçadas a situações específicas e campanhas de conciliação que se revelam como uma tentativa desesperada de reduzir o número de processos, em vez de resolver os conflitos sociais por meio da explicitação de uma postura firme perante o descumpridor da lei trabalhista, sobretudo com relação àqueles que a descumprem reiteradamente para a obtenção de vantagem econômica sobre a concorrência.

O efeito deletério que o descumprimento reiterado de direitos gera em um Estado que se pretende democrático (crescimento exponencial de demandas judiciais) pode ser enfrentado de dois modos. De um lado, levando a sério o descumprimento e reconhecendo à demanda judicial a gravidade que deve ter, a fim de que aqueles que descumprem a legislação sejam punidos e, portanto, incentivados a não repetir esse ato de boicote ao projeto de sociedade que se anunciou desde 1988. De outro, tornando o Poder Judiciário um espaço de concessões e renúncias e, com isso, fazendo do descumprimento de direitos fundamentais um ótimo negócio, mas, claro, jogando por terra toda possibilidade de um projeto de sociedade, dentro do modelo capitalista de produção, minimante organizada.

Desgraçadamente, e com o apoio da grande mídia, a segunda opção foi a adotada pelos idealizadores da Lei nº 13.467/17.

Para bem utilizar os parâmetros jurídicos de que dispomos, para conservar o procedimento trabalhista e sua finalidade, precisamos inicialmente reconhecer a premissa do raciocínio a ser desenvolvido pelo intérprete do Direito material e processual do Trabalho: a preservação da proteção como princípio norteador desse ramo do Direito, até porque em nenhum momento dos debates sobre a reforma esse princípio foi posto em xeque, como já referimos.

Claro que para isso é importante traçar uma definição mais precisa do que é e de como aplicar o princípio da proteção no Direito e no Processo do Trabalho. Essa será uma arma fundamental na manutenção da existência mesma de normas trabalhistas.

O desenvolvimento da noção de direitos fundamentais tem relação mais íntima do que pode parecer com o Direito do Trabalho e com o princípio/dever de proteção. A sociedade se industrializa e o capitalismo se instala como forma de organização social, sob o manto do ideal liberal e é em nome de uma proposta de participação de parte mais expressiva da sociedade na economia (*lato sensu*), que o conceito de liberdade se modifica.



À noção de propriedade agrega-se a noção de acúmulo de riqueza. E essa capacidade de acumular passa a constituir o principal elemento de divisão (ou reconhecimento) das classes sociais. Em pouco tempo, a sociedade passa a ser identificada como uma composição formada por homens que vivem-do-trabalho (expressão utilizada por Ricardo Antunes e para a qual Marx utilizava a denominação proletariado) e homens que vivem da exploração do trabalho alheio (capitalistas). O trabalho humano subordinado à vontade e aos fatores de produção de outrem é a mola propulsora dessa nova forma de organização social.

Mas sem um balizamento jurídico específico dessa relação economicamente desigual, na qual a condição econômica mais favorável se transforma em poder, e a condição inversa, representa submissão, produzem-se várias formas aviltantes da condição humana para a venda da força de trabalho, desestabilizando toda a ordem social e abalando a própria crença nas benesses do capitalismo. Nesse contexto é que o Direito do Trabalho inevitavelmente encontra solo fértil para nascer.

Barbagelata refere que a questão social, ou seja, a necessidade de lidar com a realidade excludente e díspar potencializada pelo sistema capitalista está na origem não apenas do Direito do Trabalho, mas dos direitos sociais em geral. A sistematização do conceito de princípio emerge dentro dessa realidade em que percebemos, como sociedade, a necessidade de garantir direitos sociais.

5. A proteção como princípio do Processo do Trabalho

Se retornarmos aos clássicos, como Evaristo de Moraes ou Martins Catharino, veremos que a existência do Direito do Trabalho é explicada a partir de um princípio norteador: a necessidade histórica (econômica, social, fisiológica e inclusive filosófica) de proteger o ser humano que, para sobreviver na sociedade do capital, precisa “vender” a sua força de trabalho. Portanto, a proteção a quem trabalha é o que está no início, no princípio da existência de normas que protejam o trabalhador, em sua relação com o capital.

É interessante observar que a leitura de Lenio Streck acerca do conceito de princípios, desenvolvida com o claro intuito de evitar o que chama de panprincipiologismo, ou seja, o fato de que autores de doutrina e jurisprudência estão criando seus próprios princípios e julgando a partir deles, vem ao encontro dessa leitura do enfrentamento da “questão social” a partir de normas próprias, de ordem material e processual, ditadas pela necessidade de proteção. Referido autor defende que “todo princípio encontra sua realização em uma regra”. Compreende a Constituição como um evento que introduz um novo modelo de sociedade, edificado sob certos pressupostos derivados de nossa história institucional, que condicionam “toda tarefa concretizadora da norma”.

É a partir da Constituição que “o direito que se produz concretamente” legitima-se, por estar de “acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária”.

Logo, o princípio é que está no início e que justifica, à luz da Constituição, a aplicação ou o afastamento de uma regra. Regra e princípio, conseqüentemente, não são espécies

de normas jurídicas, mas partes de um mesmo conceito. A regra só se torna norma, quando sua aplicação puder ser fundamentada no princípio que a instituiu.

O princípio, assim, qualifica-se como o que está “no princípio mesmo” da criação de um determinado conjunto de regras. É possível afirmar que a proteção ao trabalho humano é o princípio, o verdadeiro princípio em razão do qual o Direito material e processual do Trabalho existe. Princípio que não se confunde com a busca da igualdade material, porque reconhece e sustenta posições desiguais. A proteção é a razão de existência de regras próprias e a função do Direito do Trabalho no contexto capitalista.

Então, é possível afirmar que a proteção que faz surgir o Direito do Trabalho é a proteção contra a superexploração econômica, mas é também, desde o início, o reconhecimento social de que essa relação implica uma troca desigual: tempo de vida/força física em troca de remuneração/valor monetário.

Em outras palavras, no princípio está a proteção e se a afastarmos desconfigurarmos esse Direito, não porque lhe retiramos uma norma, mas porque retiramos a razão pela qual ele foi criado e existe até hoje, sua função.

Fato é que todas as normas trabalhistas devem ser orientadas, contaminadas, pelo princípio que as institui, a “proteção ao trabalhador”.

É a partir de todos esses pressupostos que as normas do processo do trabalho devem ser interpretadas e aplicadas, porque, afinal, o processo é instrumento do direito material, ou seja, só tem sentido para conferir eficácia concreta aos direitos. Em nada adiantaria possuir um conjunto normativo protetivo do ser humano trabalhador, fincado nas bases da racionalidade do direito social, se o processo, isto é, o instrumento de concretização do direito material, fosse visualizado com uma racionalidade liberal.

E, portanto, é também assim que se devem examinar as normas processuais que foram enxertadas na CLT pela Lei nº 13.467/17.

6. O procedimento

a) A vigência da lei processual

A lei processual atinge os processos em curso, mas não pode, inclusive como decorrência do que até aqui expomos, gerar danos materiais concretos às partes. Considerando o pressuposto, acima fixado, de que a Lei nº 13.467/17 não deve trazer danos aos direitos fundamentais do trabalhador, nem prejudicar o acesso à justiça, a discussão em torno da vigência temporal fica em segundo plano. Ainda assim, é sempre bom explicitar a necessária observância ao princípio da proibição de que normas processuais atinjam fatos pretéritos para o efeito de causar dano ao trabalhador e aos direitos fundamentais de que é municiado.



b) A subsidiariedade do CPC

Uma questão intrigante se impõe aqui. É que já nos manifestamos no sentido de que o novo CPC não deveria ser aplicado ao Processo do Trabalho porque já se tinha na CLT um processo com as disposições necessárias para atender os objetivos de sua função instrumental e que a aplicação do novo CPC, inspirado no propósito de controlar a atuação do juiz, o que dificultaria mais a concretização de direitos sociais do que o contrário, e agora, diante de uma reforma processual trabalhista, que buscou atender, de forma direta e explícita, aos interesses do capital, especialmente no sentido de ameaçar e punir com altos custos processuais os trabalhadores, inviabilizando o seu acesso à justiça, nos vemos na contingência de buscar no CPC normas que possam evitar esse descabimento cometido pela “reforma”.

Se antes colocávamos o foco no princípio de que o especial pretere o geral porque mais benéfico e apropriado aos propósitos da atuação jurisdicional trabalhista, o que, por certo, continua valendo, deve-se, agora, também conferir visibilidade à mesma proposição mas em sentido inverso, qual seja, a de que **o geral pretere o específico quando este último rebaixar o nível de proteção social já alcançado pelo padrão regulatório generalizante**, o que serve, ao mesmo tempo, para demonstrar o quão contrária aos interesses populares foi essa “reforma”.

c) A responsabilidade pelos créditos trabalhistas

A alteração proposta para o art. 2º § 3º, da CLT, no sentido de que “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” não nos deve impressionar. A realidade das lides trabalhistas revela que duas empresas, com mesmos sócios, explorando uma mesma atividade geralmente possuem essa comunhão de interesses, algo aliás, que pode ser inclusive presumido pelo Juiz, na medida em que não houve alteração do conteúdo do art. 765 da CLT, que a ele dá ampla liberdade para a condução do processo.

O art. 10, igualmente, resta intacto. Dispõe que “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”.

Pois bem, a norma do art. 10-A terá necessariamente de ser aplicada considerando o artigo que a precede. Para que o “sócio retirante” efetivamente se exima de responsabilidade, terá que produzir prova de que: não permanece como sócio oculto; não atua como gestor do negócio; não se beneficiou diretamente da exploração da força do trabalho (auferindo com ela aumento do seu patrimônio). E mais: será preciso que a empresa e os sócios remanescentes tenham patrimônio suficiente para suportar o débito, pois do contrário “liberá-lo” de responsabilidade afrontaria diretamente o que estabelece os artigos 10 e 448 da CLT, também este último preservado da destruição operada pela Lei 13.467.

Há a introdução de um artigo 448-A para estabelecer a responsabilidade do sucessor em caso de caracterização da sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448. O parágrafo único desse novo artigo refere que “a empresa sucedida responderá

solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência”. Certamente responderá. E nada na nova legislação impedirá o juiz do trabalho de reconhecer a mesma responsabilidade em outras hipóteses, desde que devidamente fundamentadas, nas quais evidencie que o patrimônio auferido com a força de trabalho passou às mãos da sucedida. Ao referir uma hipótese de responsabilidade solidária, o texto de lei, que não deve ser interpretado/aplicado isoladamente, certamente não descarta outras que também determinarão a persecução do patrimônio da sucedida, para a satisfação dos créditos alimentares do trabalhador.

Quem adquire um empreendimento torna-se solidariamente responsável, com o sucedido, pelas dívidas trabalhistas, exatamente porque está adquirindo o capital, que se beneficiou diretamente do trabalho humano. O sucedido, que contraiu a dívida trabalhista, segue sendo responsável. A relação de trabalho se estabelece entre trabalho e capital, e é exatamente isso que a CLT reconhece ao fixar tanto o conceito quanto a extensão da responsabilidade de quem toma trabalho.

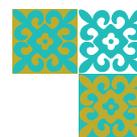
A mudança na estrutura jurídica da empresa, que identifica o fenômeno da sucessão, ocorre toda vez que houver modificação na titularidade da empresa, no poder que comanda, dirige e assalaria o trabalhador. A sucessão de empregadores promove uma espécie de quebra da garantia e da confiança que se presume existentes no momento da contratação. Daí porque ambos, sucedido e sucessor, são responsáveis pelos créditos alimentares trabalhistas, como aliás seguem afirmando os artigos 10 e 448 da CLT, não alterados. A noção de continuidade da empresa, que decorre diretamente da proteção, e que está prevista nesses dois dispositivos, consagra a ideia de solidariedade, de resto reafirmada no art. 2º, § 2º, ou no art. 455, da CLT, cujas redações também são mantidas.

d) A pronúncia da prescrição

No art. 11 criou-se um § 4º, para dispor que “tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”. Com isso, incorporou-se à CLT disposição contida em súmula do TST, que - diga-se de passagem - constitui uma ode ao desconhecimento do instituto da prescrição. Eis, por consequência, uma boa oportunidade para que se supere esse entendimento, que vinha sendo revisto pelo TST em decisões mais recentes que tratam da matéria.

A prescrição é apresentada como instituto jurídico criado em nome de uma suposta necessidade de segurança, como sanção que se aplica ao titular do direito que permanece inerte diante de sua violação por outrem. Para que esses conflitos não sejam eternos, o Estado estabelece um prazo dentro do qual aquele que se sente lesado deve interpor a demanda, para discutir em juízo as suas pretensões. A razão social dessa imposição de tempo para agir, nos dizem, é o interesse em pacificar as relações, em lugar de perpetuar os conflitos.

O fato de que a prescrição atinge apenas direitos de crédito demonstra, desde logo, que há uma preocupação social, adequada à perspectiva do capital, de conservação do



patrimônio. A pacificação dos conflitos sociais é pensada desde a perspectiva das relações de crédito e débito.

A questão é que se essa é a realidade jurídico-formal, o instituto da prescrição nas relações de trabalho precisa ser pensado e aplicado restritivamente, pois não deve boicotar o projeto de sociedade que se edificou na Constituição de 1988 e cujo escopo é a realização (e não a negação) dos direitos sociais fundamentais.

Lembre-se que a definição da prescrição é a de que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição” (Código Civil, artigo 189).

Ora, se é a exigibilidade que perece, quando o juiz pronuncia a prescrição, não há que se falar em “prescrição total”. Esse posicionamento equivocado do TST, como dito, já vinha sendo revertido, conforme fixado expressamente na súmula 409: “Não procede ação rescisória calcada em violação do art. 7º, XXIX, da CF/1988 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial”.

A prescrição poderá incidir apenas sobre as parcelas que se tornaram exigíveis há mais de cinco anos da data da propositura da demanda. Compreender de forma diversa seria corromper o próprio conceito de prescrição.

Há, também, no art. 11-A, introdução da prescrição intercorrente no processo do trabalho, contrariando a jurisprudência absolutamente majoritária, a súmula 114 do TST e o recente pronunciamento traduzido na Instrução normativa 39/TST.

Em primeiro lugar, a previsão desse dispositivo precisa ser compatibilizada com a Constituição de 1988. Se, através de uma clara traição ao texto da emenda popular que deu origem à redação do inciso XXIX do artigo 7º, aceitou-se inserir prazo de prescrição como restrição a direito fundamental, o tempo mínimo ali referido (5 anos) deve ser respeitado.

O interessante é que uma alteração legislativa, com conteúdo regressivo, acaba conferindo a chance de se rever uma jurisprudência destrutiva, que vinha insistindo no artificialismo da existência de dois prazos de prescrição no Direito do Trabalho.

Ora, o inciso XXIX do art. 7º não prevê dois prazos de prescrição. Sua redação é clara: a prescrição é de 05 anos e o que ocorre é a fixação de um tempo de dois anos após o término do contrato de trabalho para que o ex-emprego proponha uma ação judicial para pleitear os seus direitos considerando-se, pois, o período prescricional de 05 anos, contados do término do vínculo de emprego para trás. Ainda que não se tenha coincidência quanto a esse modo de contar o prazo quinquenal, o que deve ser inquestionável é que o prazo de 02 não retroage ao período de vigência do contrato de trabalho.

De um jeito ou de outro, a eficácia do inciso XXIX, que regula a prescrição, está condicionada, por suposto lógico, à eficácia do inciso I, que confere aos trabalhadores o direito à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária.

Além disso, a fluência desse prazo prescricional inicia-se, de acordo com o novo dispositivo, “quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução”. Nada mais simples: basta que o exequente impulsione o processo, requerendo ao juízo a adoção das medidas de que dispõe (SENIB, BACENJUD, RENAJUD, etc.), para que esteja afastada a aplicação dessa regra e se não o fizer, basta que o juiz o indague se fará ou não. Lembre-se, a propósito, do previsto no art. 487 do CPC, no sentido de que “ressalvadas as hipóteses do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”.

A realidade é que não se pode permitir que a prescrição intercorrente seja ressuscitada na Justiça do Trabalho. A prescrição no campo das relações de trabalho constitui uma **restrição** à eficácia de direitos fundamentais. Como restrição, precisa ser compreendida e aplicada de modo *restritivo*. Isso porque retira do trabalhador a possibilidade (que se revela única em um sistema de monopólio da jurisdição) de fazer valer a ordem constitucional vigente. Daí decorre que sua aplicação deve se submeter, de uma parte, à aplicação (integral) de todos os direitos ali garantidos e, de outra, à uma análise que busque sempre reduzir ao máximo seu âmbito de incidência.

Do mesmo modo, a pronúncia de prescrição de ofício pelo juiz constitui uma total inversão da razão mesma de existência desse instituto, revelando que a anunciada motivação da pacificação dos conflitos sociais não é o que a impulsiona no processo do trabalho.

Em se tratando de créditos civis, de pessoas pressupostamente iguais, a prescrição pune o inerte, em homenagem à estabilização das relações. Mas, em termos de direitos fundamentais e, notadamente, nos casos dos direitos trabalhistas, a prescrição constitui um prêmio ao mau pagador e, com isso, um incentivo ao não cumprimento da legislação, ainda mais quando priorizada na atuação do juiz.

A prescrição pronunciada de ofício (a da pretensão contida na inicial e a intercorrente) é uma “indevida interferência do Estado”, que visa punir o trabalhador, devendo ser rechaçada pela aplicação da doutrina dos direitos fundamentais sociais. Não importa pensar o quanto os juízes estejam soterrados de trabalho ou premidos por metas e números; processos não são pilhas (mesmo que virtuais) a serem derrubadas; são dramas de pessoas reais.

A prescrição, concretamente, acomoda situações pretéritas e com isso evita a efetividade do direito e, quando o direito é reproduzido em créditos, impede que o patrimônio troque de mãos. No âmbito das relações de trabalho isso significa uma opção muito clara pelo capital, em detrimento do trabalho.

Nas lides trabalhistas, são os trabalhadores que na maioria absoluta dos casos buscam o Poder Judiciário para tentar remediar um dano já sofrido, dano este que, tantas vezes, é insuscetível de uma reparação integral. Ora, o pagamento de verbas salariais no



âmbito de uma reclamatória trabalhista, ou seja, meses ou até anos depois do fato ocorrido, caracterizado pela perda abrupta do emprego sem o recebimento de qualquer valor, tido como essencial à sobrevivência do trabalhador e de sua família, não repõe todo o sofrimento que certamente se experimenta em situações como esta.

Toda vez que o Estado, embora reconhecendo que o trabalhador possui crédito a receber, se nega a buscar os meios necessários para satisfazer o crédito, atua como um supergo que recalca nos indivíduos (em todos eles, não apenas naquele que porventura figura como reclamante na ação trabalhista em que a prescrição for pronunciada) a marca da *naturalização* da exploração impune. Cada prescrição pronunciada é um salvo conduto, por mais que se afirme o contrário, a beneficiar o mau pagador. Os argumentos utilizados durante a Constituinte de 1987, para transformar um direito fundamental em elemento de flexibilização de outros direitos, demonstra bem isso.

e) Ônus de prova e os poderes do juiz

A alteração do art. 775, § 2º da CLT, de fato, reitera os poderes que o art. 765 já conferia ao juiz, explicitando algumas possíveis formas de utilização do direcionamento do processo, entendido como instrumento e não como um fim em si mesmo.

O artigo em questão permite a dilação dos prazos processuais e a alteração da ordem de produção dos meios de prova, “adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

Assim, mesmo a alteração que a Lei nº 13.467/17 procurou fazer no artigo 818, dentro do propósito de destruição dos direitos trabalhistas, encontra-se vaticinada pela aplicação desses dispositivos.

A CLT traz em sua gênese, ainda que de forma intuitiva, a superação da separação absoluta entre direito material e direito processual. Com efeito, ao tratar do contrato de trabalho, na parte do direito material, estabelece deveres prévios de produção de prova documental, e o faz em pontos cruciais da relação capital-trabalho. Determina, por exemplo, que o contrato seja registrado na CTPS do trabalhador (art. 29), que a jornada seja devidamente anotada (art. 74), que o salário seja pago mediante recibo (art. 464). Determina, ainda, que seja escrito o “pedido” de demissão e o termo de quitação das verbas rescisórias, ambos com assistência do sindicato, sempre que se tratar de contrato com mais de um ano de vigência (art. 477).

Qual a razão dessas regras, que habitam o campo do direito material do trabalho? Por que exigir do empregador que pague salário sempre mediante recibo ou que proporcione o registro idôneo da jornada de seus empregados? Qual o propósito de uma regra dessa natureza, se não a prévia produção de prova acerca de fatos que, de outro modo, dificilmente poderiam ser demonstrados em um eventual futuro processo trabalhista?

Note-se que a CLT, nesse aspecto, promoveu um avanço que, apesar de revolucionário em termos de *ciência processual*, passou despercebido ao longo de várias décadas

e está sendo desrespeitado pelo retrocesso injustificável promovido pela Súmula 338 do TST.

O modelo regulatório fixado desde sempre na CLT (e que não foi rompido expressamente na atual “reforma”) consiste justamente em efetivar um encargo probante que onera a parte reconhecida como a mais apta à produção de documentos durante o desenrolar da relação material.

No modelo da CLT não se trata, meramente, de perquirir ônus (seja pelo critério da melhor aptidão, seja pelo critério da distribuição especificada, seja ainda pelo equivocado critério da inversão, previsto no CDC), mas sim constatar que há obrigações de comportamento atribuídas ao empregador que repercutem, necessariamente, no processo. Apenas quando superadas as questões relativas aos deveres do empregador, passa-se ao exame do ônus da prova, e que a nova redação proposta para o artigo 818 tenta aniquilar.

Reitere-se que o processo, por sua função de instrumento de concretização dos direitos fundamentais (seja de forma retroativa ou proativa, mediante seu caráter reparatório, pedagógico e dissuasório) tem crucial importância no manejo dos deveres fundamentais. Não basta reconhecê-los, é preciso que se lhes atribua (ou reconheça) função no âmbito processual. A CLT estabelece estreita ligação dos espectros material e processual dos deveres, e sua consequência. Enquanto ônus é algo que incumbe à parte, cuja inobservância gera mera presunção favorável à parte contrária, dever é imposição legal cuja desobediência acarreta uma sanção. No caso dos deveres ligados à prova, essa sanção é o indeferimento da prova testemunhal e, por consequência, o acolhimento da tese contrária.

Nesse espectro, as alterações realizadas no art. 818 não são suficientes para superar a lógica acolhida na CLT. Ao contrário, e até considerando a predileção que muitos intérpretes da área trabalhista possuem pelo uso do CPC, o advento da nova redação do art. 818 talvez auxilie na sua observância, enfim, do sistema de deveres fixados na CLT.

O § 1º do novo art. 818 refere que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Há evidente confusão neste dispositivo entre dever e ônus, mas para a prática, aqui proposta, de resistência ao desmanche, importa reconhecer que as coisas continuarão exatamente como são, no que tange à distribuição da prova no processo do trabalho. O empregador, cujo dever de documentação segue incólume, terá de demonstrar o cumprimento dos direitos trabalhistas por prova documental que, caso não apresentada, seguirá atraindo a aplicação subsidiária (estimulada, aliás, pela CLT “do Temer”) das normas do CPC, notadamente daquelas inscritas nos artigos 400 e 443. Então, caso não se desincumbir de seus deveres, haverá a admissão dos fatos alegados pela parte contrária como corretos. E o juiz segue proibido de autorizar a produção de prova testemunhal sobre fatos que apenas por documento ou perícia possam ser demonstrados (art. 443 do CPC).



Do mesmo modo, o § 2º desse dispositivo deve ser aplicado em consonância com o poder geral de condução do processo pelo juiz, que, portanto, definirá a necessidade de adiamento da audiência e, ao possibilitar a prova dos fatos terá que atentar para o que for admitido pelo direito. Se o direito impede a prova por meio de testemunhas (art. 443 do CPC), não poderá o juiz admiti-la. Tem-se, portanto, uma chance importante para o cancelamento da imprópria súmula 338 do TST e, enfim, o reconhecimento da importância dos deveres de prova que gravam a figura jurídica do empregador.

Vale recobrar aqui o preceito básico que se pode extrair do contexto da aprovação da Lei nº 13.467/17, que é o da **intolerância quanto às práticas de ilícitos trabalhistas**, do qual decorre o reforço da noção de que o processo não pode ser instrumento para que o ilícito trabalhista seja legitimado pela impossibilidade concreta de ser apurado, o que se dá quando se negam os deveres jurídicos fixados em lei ao empregador e quando se atribui ao empregado uma carga probatória que não possui condições de suportar.

É preciso fazer referência, ainda, à alteração promovida no art. 611-A, quando diz que o negociado irá prevalecer sobre o legislado, inclusive no que tange a “modalidade de registro de jornada de trabalho” (inciso X) e “enquadramento do grau de insalubridade” (inciso XII)

Note-se que não houve alteração dos artigos 74 e 193, quanto à exigência de manutenção de registros escritos do horário e quanto à realização de perícia. Logo, o resultado de uma negociação entre as partes acerca dessas matérias deve necessariamente observar os parâmetros legais da própria legislação trabalhista, sob pena de nulidade, na forma do art. 9º da CLT, cujo conteúdo também não foi alterado pelo desmanche promovido pela Lei 13.467/17.

A própria “reforma” autoriza interpretação nesse sentido, pois o art. 611-B diz expressamente que “constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho”, entre outras, disposições que atentem contra “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho” (inciso XVII).

f) Custas e sucumbência recíproca

A gratuidade da justiça é um dos conteúdos que, no projeto constitucional, se pretendeu integrar ao conceito de cidadania, e esta, como se sabe, não comporta subdivisões. A assistência judiciária tem por função permitir que o direito fundamental do acesso à justiça seja exercido também por quem não tem condições financeiras de arcar com os custos do processo. Tornar a gratuidade da justiça menos garantista na Justiça do Trabalho, comparativamente ao que se verifica em outros ramos do Judiciário, equivale a tornar o trabalhador um cidadão de segunda classe.

Nesse sentido, a inserção, no art. 790, de um § 3º dizendo que o benefício da justiça gratuita poderá ser alcançado apenas àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social evidentemente não impede que o juiz defira tal benefício, como prevê inclusive

o § 4º do mesmo dispositivo, a todo aquele que “comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. E na realidade das relações de trabalho judicializadas, essa prova pode ser o próprio TRCT ou qualquer outro documento que demonstre a perda da fonte de subsistência.

O conceito legal de assistência judiciária gratuita é aquele da Lei 1.060/50, que continua em vigor e abrange todas as despesas do processo, inclusive “os honorários do advogado e do perito”, nos termos do art. 98, § 1º, do CPC.

Desse modo, uma norma que pretenda estabelecer gravame ao trabalhador beneficiário da assistência judiciária gratuita, contrariando frontalmente a norma geral e a também a norma contida no CPC, qualificando-se, desse modo, como avessa à noção de proteção que informa e justifica o Direito do Trabalho, não poderá ser aplicada porque a normatização mais ampla a afasta.

Em termos de direitos fundamentais, a norma específica só pretere a norma geral quando for mais benéfica. Ora, uma norma geral, aplicável a todos, tratando de direito fundamental, cria um patamar mínimo que, portanto, não pode ser diminuído por regra especial, sob pena de inserir o atingido na condição de sub cidadão.

A norma do art. 790-B, ao referir que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, não poderá ter interpretação diversa daquela já praticada na Justiça do Trabalho, que reconhece ao trabalhador a responsabilidade, mas dispensa o pagamento, exatamente em face do benefício que lhe foi reconhecido, porque é assim que se dá em todos os demais ramos do Judiciário.

Nada há de ser alterado, portanto, na compreensão quanto à aplicação dos recursos da União, como já ocorre, para permitir a efetiva remuneração do auxiliar do juízo, quando a parte autora está ao abrigo da assistência judiciária gratuita.

A regra inserta no § 1º desse dispositivo, no sentido de que o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ao fixar o valor dos honorários periciais, depende inicialmente de que tais valores sejam mesmo fixados e, em seguida, da análise da atividade pericial, que pode representar esforço que justifique remuneração superior a tal limite. Não se pode esquecer que o Conselho Superior da Justiça do Trabalho edita recomendações, mas não detém competência para fixar valores de remuneração para os auxiliares do juízo.

O § 2º desse dispositivo, ao referir mera possibilidade de atuação jurisdicional, nada diz.

O § 3º, por sua vez, ao dispor que “o juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias”, estabelece proibição que também contraria frontalmente norma contida no CPC (art. 95).

Ora, o art. 95, que sequer está fundado na noção de proteção a quem trabalha, estabelece que a remuneração do perito poderá ser adiantada.



À primeira vista pode parecer benéfica a proposição da “reforma”, mas o que se pretendeu, concretamente, foi que as empresas não arquem com os custos adiantados da perícia, contrariando a prática processual contida no próprio CPC, custos esses que não se aplicam, em geral, aos reclamantes, dada a sua condição de miserabilidade.

O § 3º do artigo 95 do CPC ainda estipula, expressamente, que quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado, tal como já ocorre na Justiça do Trabalho

Portanto, a disposição enxertada na CLT, no § 4º do mesmo art. 790, no sentido de que “somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”, é de ser afastada, porque incompatível com a própria noção de gratuidade que, aliás, é decorrência lógica da proteção.

Aliás, aqui há uma questão ainda mais grave. É que o crédito alimentar é insuscetível de renúncia, cessão, compensação ou penhora (art. 1.707 do Código Civil), cuja aplicação subsidiária a Lei nº 13.467 exorta o juiz a fazer (nova redação do art. 8º). O fato de que os créditos trabalhistas são alimentares está consolidado na redação do art. 100 da Constituição, em seu § 1º, segundo o qual tem natureza alimentícia os créditos “decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez”. Logo, não podem ser compensados.

O art. 791-A estabelece que “ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. O limite de 15% revela-se completamente dissociado da prática atual, inferior inclusive aos percentuais fixados em tabela pela OAB e, certamente, se mantidos em decisão judicial, implicarão a cobrança de outros valores, a serem suportados diretamente pelo trabalhador.

A regra do parágrafo único do art. 404 do Código Civil resolve o problema. Há autorização para que o juiz defira indenização complementar, sempre que entender insuficiente aquela pleiteada ou deferida em razão de disposição legal. Aliás, essa regra serve também para, em aplicação subsidiária, majorar o valor da indenização por dano moral, escapando da prisão em que a redação do art. 223 G, § 1º, tenta enredar o juiz do trabalho.

O § 3º do artigo 791 prevê que na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrarará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

Aqui talvez se esteja diante de uma das mais nefastas previsões da Lei nº 13.467/17, pois a sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho, ao menos nos moldes propostos, isto é, sem o reconhecimento da gratuidade

como princípio do acesso à justiça e sem a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ou seja, impondo custos a quem não tem como pagar.

A Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de jus postulandi e de assistência gratuita. Essa última, como se viu, abrange todas as despesas do processo.

E se assim não for, para que a norma seja aplicada em consonância com a proteção que inspira a existência do processo do trabalho e com a própria linha argumentativa dos defensores da “reforma”, que insistem em dizer que não houve retirada de direitos, outras duas questões devem ser necessariamente observadas.

Primeiro, que os honorários deferidos ao patrono do reclamante precisarão ser compensados com aqueles fixados em contrato, caso não se compreenda pela própria impossibilidade de cumulação. E, ainda, que os honorários fixados para o advogado da empresa deverão ser de 5%, enquanto aquele a ser reconhecido ao patrono do trabalhador deverá observar o patamar máximo de 15%, em razão da objetiva diferença na capacidade econômica das partes.

Além disso, há de se reconhecer que sucumbência recíproca não existe no aspecto específico da quantificação do pedido. Isto é, se, por exemplo, o pedido de dano moral, com valor pretendido de R\$ 50.000,00, for julgado procedente mas no patamar fixado pelo juiz de R\$ 5.000,00, não se terá a hipótese de “procedência parcial”, da qual advém a hipótese de sucumbência recíproca, porque, afinal o pedido foi julgado procedente e a própria lei autoriza fixar as indenizações em outro patamar, que não é de um valor exato. E, se assim não se entendesse, os honorários advocatícios conferidos ao empregador poderiam até ser superiores à indenização deferida ao reclamante.

Destaque-se que mesmo na dinâmica do processo civil, a compreensão doutrinária, já refletida em jurisprudência e em lei, é a de que os honorários advocatícios não servem para conferir um proveito econômico à parte que não tem razão; ou, dito de outro modo, não constituem instrumento para penalizar a parte economicamente desprovida e que vai à Justiça pleitear os seus direitos. Vide, neste sentido, a Súmula n. 326 do STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.” E, também, o teor do parágrafo único do artigo 86: “Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.”

O atual § 4º do art. 791, quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “sob condição suspensiva de exigibilidade”, durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, tenta obstar o acesso à justiça e cria uma contradição que não poderá ser resolvida, senão pela declaração da inaplicabilidade dessa disposição legal.



É que a gratuidade se dá em razão da situação do trabalhador no momento em que demanda. E se ela abrange, inclusive sobre a exegese do CPC que, vale repetir, sequer tem por princípio a proteção a quem trabalha, todas as despesas do processo, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade.

O mesmo ocorre em relação à suposta autorização, contida nesse mesmo dispositivo, para compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo”. Novamente, a disposição legal esbarra nas disposições dos art. 1.707 do Código Civil e no art. 100 da Constituição.

g) O dano processual

Nesse aspecto, a CLT virará uma cópia do CPC. A introdução dos dispositivos é inútil, vez que já eram utilizados de forma subsidiária. De qualquer modo, os artigos art. 793-A e Art. 793-B não inovam nem atrapalham. O art. 793-C revela a mesma timidez já evidenciada no texto do CPC, resistindo a romper com a lógica do processo como um bom negócio. O art. 793-D, na linha da ânsia punitiva já revelada por alguns setores da própria Justiça do Trabalho, promove ruptura visceral com a origem histórica e os pressupostos do direito e do processo do trabalho por constituir evidente tentativa de intimidação das testemunhas em uma lógica na qual, bem sabemos, não existe isenção.

É evidente que as testemunhas, em uma ação trabalhista, não são isentas. As testemunhas que comparecem a pedido do reclamante, via de regra, já trabalharam na empresa demandada, com ela mantendo, portanto, relação que não se resume a questões econômicas, como bem sabemos. A relação de trabalho é também uma relação de troca de afetos, pelo próprio lugar que o trabalho ocupa na vida humana. Por sua vez, as testemunhas convidadas a depor pela demandada, em regra, são empregados que não detêm garantia alguma de manutenção no emprego, e seu depoimento, conseqüentemente, é carregado dessa dependência. Logo, intimidá-la com a possibilidade de multa ou, pior, aplicar tal penalidade, implicaria punir a testemunha por ato que extrapola as suas possibilidades.

Não se está aqui, obviamente, defendendo a impunidade por falso testemunho, mas para isso já há previsão normativa que preserva o necessário devido processo legal, para que não se constitua um fator de autoritarismo aos juízes, que é, aliás, o que a Lei nº 13.437/17 pretendeu realizar.

Importante reconhecer que em uma relação de trato continuado, como é a relação de emprego, muitas vezes a perfeita reprodução oral dos fatos é uma tarefa bastante imprecisa e até por isso mesmo o dever da produção de prova documental recai sobre o empregador.

Essa norma em comento, além disso, contraria frontalmente o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que impede que alguém seja privado de seus bens sem o devido processo legal e o inciso LV do mesmo artigo, que garante o contraditório e a ampla defesa aos “acusados em geral”. Logo, se a testemunha for acusada de mentir em juízo, terá que ter respeitado seu direito de defesa, antes de ser punida, dentro dos padrões legais estabelecidos.

h) A petição inicial e a defesa

O art. 840 foi alterado para dispor que todos os pedidos devem ter a indicação do seu valor (§ 1º), o que a princípio pode parecer positivo, na medida em que estimula a propositura de demandas líquidas. Essa exigência, entretanto, só poderá ser observada quando não impeça o acesso à justiça, na medida em que subsiste o jus postulandi e em que existem muitos direitos que somente podem ser completamente quantificados com a apresentação de documentos que estão em poder da reclamada.

Em tais casos não há como exigir da parte que determine o valor. Aliás, de forma geral, os valores fixados na petição inicial entendem-se por meramente indicativos, pois uma liquidação se apresenta materialmente impossível.

Quanto à contestação, a regra enxertada no § 3º do art. 841 (“Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação”) é uma tentativa de evitar que o reclamante desista da ação após saber dos termos da defesa, considerando que a reclamada teria o interesse no julgamento de mérito que lhe seria favorável. Ocorre que se tomados os fatos e provas documentais constantes do processo o provimento favorável só terá algum valor se repetidas, em outra ação, os mesmos fatos e provas documentais, sendo que a ausência do julgamento não representaria qualquer prejuízo, pois o mesmo efeito se daria em novo processo, ainda mais considerando a prevenção do juízo

Assim, o único efeito benéfico para a reclamada seria a condenação do reclamante em honorários advocatícios, o que inverte a própria finalidade do processo.

Desse modo, se o reclamante considera que os termos da defesa impedem o sucesso da sua pretensão, a desistência é a atitude que melhor atende aos objetivos do processo, pensando, inclusive no princípio da economia, assim como nas estratégias de gestão do Judiciário.

A regra, portanto, precisa ser compatibilizada com a possibilidade de ampla liberdade na direção do processo, pelo juiz (art. 765), bem como pelo exame dos pressupostos para o prosseguimento do feito, considerando-se, ainda, que a estabilização da demanda ocorre apenas após o vencimento do prazo para a apresentação da defesa, o que se dá, no processo do trabalho, em audiência, após a leitura da petição inicial.

Verificando-se que não há interesse no prosseguimento do feito, por parte do demandante, admitir que o processo siga em razão da insistência da demandada seria subverter a própria razão de existência do processo. Não havendo litígio, não há porque manter a demanda judicial. Note-se que essa disposição vai na contramão, inclusive, de toda a lógica de redução de processos que inspira o documento 319 do Banco Mundial, fonte inspiradora das recentes alterações processuais, no CPC e na própria CLT.

Já a disposição contida no § 3º do art. 843 não traz uma autêntica novidade. A CLT nunca exigiu a condição de empregado, para o preposto. O que ali se exige, e que se mantém, é que ele tenha conhecimento dos fatos. A disposição evidentemente é uma tentativa



de superar jurisprudência dominante no TST que, curiosamente, acaba por permitir que os intérpretes do Direito do Trabalho voltem a aplicar a disposição legal. Duas são as funções do preposto, que tornam sua presença em audiência indispensável. A primeira é a capacidade para conciliar em nome da empresa. A segunda, é a de trazer ao juiz elementos que possam esclarecer os fatos controvertidos. Há, claro, o efeito processual, em favor da parte contrária, que é o de confessar.

Quando a empresa traz em juízo um “preposto profissional” cria-se uma disparidade no processo, na perspectiva da produção das provas, estabelecendo um benefício exatamente em favor da parte que possui maior aptidão para a prova. Ora, o reclamante, em seu interrogatório, carregando a fragilidade pessoal de estar envolvido emocionalmente no conflito, pode se confundir e, assim, confessar fatos que, concretamente, não se deram da forma “confessada”. Já o preposto profissional, muitas vezes com formação jurídica, transforma o depoimento pessoal em mero ato protocolar. Uma repetição técnica dos termos da defesa.

Essa disparidade contraria o princípio do contraditório, inscrito na cláusula do devido processo legal.

Além disso, o preposto que não teve contato algum com o empregado em seu ambiente de trabalho, o que desatende, inclusive, a previsão do art. 843, § 1º, da CLT. Ora, quando se diz que o preposto deve ter conhecimento dos fatos, o que se estabelece é que este precisa ter vivenciado os fatos controvertidos e que, ao menos, conheça o reclamante e sua dinâmica do trabalho, não por ter ouvido falar ou por ter lido em algum memorando, e sim por tê-la vivenciado.

Chega a ser pueril argumentar que esse conhecimento dos fatos pode ser obtido por meio da leitura dos documentos do processo. Ora, a leitura dos documentos do processo é obrigação do juiz e isso pode ser feito sem o “auxílio” do preposto. Ao se admitir que o conhecimento dos fatos se transforme na leitura e prévia preparação para a audiência, se estaria, em realidade, esvaziando o conteúdo e o sentido do art. 843 da CLT, transformando a audiência em um faz-de-conta que não beneficia as partes litigantes e, muito menos, o Poder Judiciário, enquanto instituição. O preposto faz-de-conta que conhece os fatos, quando em realidade apenas “estudou” o processo (e, portanto, desconhece objetivamente os fatos controvertidos do litígio) e o juiz faz-de-conta que acredita.

Assim, empregado, ou não, cumpre ao preposto ter conhecimento dos fatos, na forma concreta acima indicada, sob pena de confissão, nos termos do art. 844 da CLT.

No que diz respeito ao art. 844, a alteração proposta é no sentido de que a ausência do reclamante implicará condenação “ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita” (§ 2º), com exigência de pagamento de custas como condição para a propositura de nova demanda (§ 3º).

O que a lei não mencionou foi a possibilidade de o reclamante justificar a ausência, para efeito de evitar o pagamento das custas, ou, até mesmo, para desarquivar o processo, sendo que a motivação pode ter até mesmo uma base econômica ou social.

O § 5º do art. 844 expressa uma preocupação de proteger a demandada, em caso de revelia, estabelecendo que: “ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados”. A preocupação, no entanto, não foi ao ponto de obstar a consequência jurídica da ausência da parte à audiência, qual seja, a decretação da revelia e a aplicação da consequente pena de confissão, mesmo que presente o seu advogado. O que se disse foi, unicamente, que ausente o reclamante, mas presente o seu advogado, serão aceitos defesa e documentos.

O dispositivo, portanto, não se incompatibiliza com a regra do processo do trabalho, segundo a qual a revelia se dá pela ausência do reclamado à audiência, vez a notificação-citatória não tem como comando a apresentação de contestação e sim o comparecimento ao juízo. O não comparecimento implica, por si, revelia.

i) O incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Inserido no CPC, em um movimento conservador de ruptura com toda a doutrina acerca da responsabilidade patrimonial, e apesar da previsão da IN 39 do TST, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não ingressou na prática das relações processuais de trabalho por uma simples razão: contraria a simplicidade que o inspira e justifica.

Se aplicado for o incidente de desconsideração da personalidade jurídica o efeito, certamente, será o de inviabilizar o processo do trabalho, idealizado para ser célere e efetivo. Previsto como condição de possibilidade da persecução do patrimônio do responsável pelos créditos reconhecidos em juízo, altera a compreensão assente desde o Código de 1939, pela qual a responsabilidade constitui matéria a ser aferida na fase de execução apenas quando verificada a incapacidade financeira do devedor, que consta no título executivo.

Pois bem, a Lei nº 13.467/17 insiste no erro ao dispor, no art. 855-A, que tal incidente deverá ser aplicado no processo do trabalho. Copiando a previsão do CPC, a lei da “reforma” veio para dizer que a parte pode promover tal incidente inclusive na fase de conhecimento.

A inaplicabilidade é medida que se impõe.

As demandas que atualmente já contam com a pluralidade no polo passivo, porque versam situação de terceirização ou mesmo quarteirização das atividades, passariam a ser ajuizadas contra as empresas prestadoras e tomadoras do serviço e contra todos os seus sócios. Teríamos, então, demandas com 20, 30, 50 pessoas compondo o polo passivo. Todos teriam que ser devidamente intimados para que o processo tivesse prosseguimento e, obviamente, teriam direito à defesa e à produção da prova. Levar a cabo um processo como esse, de um trabalhador contra um exército de responsáveis, todos muito bem assessorados por advogados diferentes, implicaria, como é fácil imaginar, o colapso da jurisdição trabalhista.



Há, portanto, mesmo na fase de execução, nítida incompatibilidade do instituto com o rito processual trabalhista. Note-se que não houve alteração da regra do art. 4º da LEF, que, embora não sendo mais a primeira fonte subsidiária ao processo do trabalho na fase de execução, sem dúvida segue aplicável, tal como outras legislações alienígenas sempre o foram. Pois bem, esse dispositivo autoriza a realização de atos de execução contra os responsáveis a qualquer título. Nessa categoria incluem-se os tomadores do trabalho.

Tem-se, então, a chance de aproveitar a alteração legislativa para resgatar a aplicação da ordem jurídica aos casos de responsabilidade, ultrapassando a disposição da súmula 331 do TST. A responsabilidade subsidiária de que trata esse dispositivo (e a nova redação do art. 2º) nada mais é do que solidariedade com benefício de ordem. O parâmetro legal, no processo do trabalho, para tanto, é o artigo 4º da LEF, que autoriza promoção de atos de execução contra o responsável. O § 3º desse artigo dispõe que “Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida”.

Desse modo, não há necessidade de interposição do incidente e, se não há necessidade, a forma processual em questão não tem porque ser utilizada, pois o princípio processual é o da **instrumentalidade das formas**. Isso significa que as formas processuais só se justificam pelos fins que possam gerar no sentido da finalidade própria do processo, que é a de conferir a cada um o que é seu por direito (efetividade). As formas não constituem um direito para a parte, que delas tentam se utilizar pelo bel prazer ou para evitar que o processo atinja sua finalidade.

Sob a perspectiva do procedimentalmente, portanto, basta que na fase de execução, ao não se encontrarem bens do executado, suficientes para a satisfação da dívida, sejam indicados bens do responsável, para o prosseguimento da execução.

j) A efetividade da execução

Do mesmo modo, caberá aos intérpretes do Direito a minimização do dano que se pretendeu causar à efetividade do processo trabalhista, por meio das alterações introduzidas no art. 878 da CLT.

A nova redação dada a esse artigo refere que a execução será promovida pelas partes.

Ora, o processo do trabalho já nasceu concebendo a atuação jurisdicional como uma só, que se inicia com a propositura da demanda e só termina com a entrega do bem da vida ao exequente, em caso de procedência das pretensões. O art. 765 da CLT, que confere ao juiz amplos poderes na condução do processo, aliado à compreensão de que ao pleitear em juízo horas extras, por exemplo, evidentemente a parte pretende a percepção dessas horas e não a declaração formal de que delas é credor, autorizam o juiz a prosseguir emprestando celeridade e efetividade ao processo, mesmo na fase de execução.

A previsão de que a execução deverá ser promovida pelas partes, portanto, não retira o dever do juízo de também promover atos de execução, sobretudo utilizando os

mecanismos de consulta e localização de patrimônio de que dispõe, a fim de solucionar definitivamente o litígio.

Como já admite a doutrina processual civil, a prestação jurisdicional só se completa com a entrega do bem da vida e, portanto, deixar de fazê-lo representa negativa de prestação jurisdicional.

Esse artificialismo da Lei nº 13.467/17 poderia facilmente ser corrigido, ademais, com outro artificialismo: o reclamante pleitear na inicial a declaração de seus direitos, a condenação da reclamada ao cumprimento das obrigações e execução caso não satisfeitas dentro dos prazos assinados pelo juiz, nos termos do art. 832, da CLT.

A referência, no art. 879, de que “elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão” (§ 2º) suprime a necessidade de dar às partes a oportunidade de apresentar o cálculo. O juízo poderá, portanto, nomear desde logo um contador de sua confiança, para a liquidação da sentença. Por sua vez, a impugnação, por ausência de referência no texto legal, poderá ser feita de forma concomitante à intimação para o pagamento, a fim de evitar desnecessária demora na tramitação do processo.

Não se esqueça de que a regra geral de livre condução do processo, contida no art. 765, da CLT, permanece em vigor. Assim, continua valendo o procedimento adotado por inúmeras Varas do Trabalho de intimar a reclamada para a apresentação dos cálculos em 15 (quinze) dias e, no mesmo prazo, efetuar o depósito do valor indicado, sob pena de multa de 10% e envio do processo a perito-contador, para elaboração dos cálculos às custas da reclamada com posterior início imediato da execução com penhora de bens etc.

O art. 879 também foi alterado para estabelecer que a “atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial Diária (TRD)” (§ 7º). Sabemos da discussão atual acerca do critério para a atualização dos créditos trabalhistas. A TRD equivale à não atualização dos créditos. Logo, deverá ser afastada no caso concreto, exatamente por não implicar atualização, de modo a negar o escopo que a própria norma possui. Se esse dispositivo trata de atualização monetária, precisará sem dúvida ser integrado por uma compreensão que a ele empreste efetividade. Nesse sentido, é preciso seguir a discussão já existente, no campo jurisprudencial, acerca da necessidade de superação de um dispositivo que não se presta à correção das perdas monetárias e que na realidade prática implica atualização nenhuma para os créditos trabalhistas. Aliás, o TST, até agosto de 2015, considerava integralmente válida e constitucional a redação do art. 39 da Lei nº 8.177/91, conforme OJ nº 300 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais daquela Corte. Entretanto, após sucessivos julgados do STF sobre a matéria do índice de atualização monetária aplicável a débitos judiciais (ADIs nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, em que foi Relator originário o Exmo. Ministro Carlos Ayres Britto e Redator para o acórdão o Exmo. Ministro Luiz Fux), reverteu seu posicionamento, reconhecendo que a TR (TRD ou índice oficial da poupança) efetivamente não representa mais um índice capaz de projetar a depreciação da moeda ao longo do tempo. Em decisão de 04 de agosto de 2015 (Processo TST - ArgInc - 479-60.2011.5.04.021) em sua composição plenária, o



TST decidiu acolher o incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Egrégia 7ª Turma do TST, decidindo pela inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “equivalente a TRD” contida no caput do artigo 39 da Lei nº 8.177/1991, em controle difuso da constitucionalidade nos autos do processo nº TST - ArgInc - 479-60.2011.5.04.0231. Na linha da orientação vertida pelo TST, a Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região, nos autos da Execução Trabalhista 0029900-40.2001.5.04.0201 (AP), na sessão de 27 de outubro de 2015, por unanimidade, decidiu acolher a alegação de inconstitucionalidade da expressão “equivalente a TRD” contida no caput do artigo 39 da Lei nº 8.177/1991, em controle difuso de constitucionalidade, determinando a suspensão do processo até o julgamento pelo Tribunal Pleno do incidente de inconstitucionalidade, bem como determinando, por força do princípio de reserva de plenário, o encaminhamento do processo ao Tribunal Pleno para apreciação da questão.

Na sessão de 30 de novembro de 2015, o Tribunal Pleno do TRT da 4ª Região, unanimemente, admitiu a União como *amicus curiae*, nos termos do artigo 482 CPC, e, no mérito, por maioria, em controle difuso de constitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade da expressão “equivalente a TRD” contida no caput do artigo 39 da Lei nº 8.177/1991, com a alteração dada pela Lei nº 8.660/1993. Sob o aspecto da literalidade do art. 39 da Lei 8177 /91, convém ainda observar que **não há a indicação da TR como fator de correção monetária**, mas sim como de juros de mora. Logo, não pode ser utilizado como índice de atualização, até porque não há razão outra para a correção monetária, que não a reposição efetiva das perdas sofridas pelo credor, em razão do decurso do tempo para a satisfação de créditos que lhe foram reconhecidos como devidos. Com efeito, a atualização monetária não constitui vantagem financeira, mas sim mera reposição de perdas já experimentadas pelo credor, cujo objetivo é tão somente viabilizar a reparação efetiva do dano já causado, preservando assim o direito de propriedade, reconhecido como fundamental em nossa Constituição. Na hipótese de crédito alimentar, como é o caso do trabalhista (art. 100 da Constituição), a situação é ainda mais grave do que em relação a outros créditos, seja porque a reparação jamais será integral, pois tempo de vida não se restitui com pecúnia, seja porque os alimentos se destinam – como regra – à manutenção da subsistência física do trabalhador e de seus familiares. Basta observarmos que praticamente 50% das demandas trabalhistas ajuizadas versam sobre o pagamento de verbas resilitórias.

Pois bem, a regra contida no artigo 39 da Lei nº 8.177/91, naquilo em que determina a utilização da variação acumulada da TRD, vai de encontro ao que foi decidido pelo STF, e inviabiliza essa reparação efetiva do dano, tornando um “bom negócio” o descumprimento de direitos fundamentais trabalhistas. Esse “bom negócio”, porém, tem elevado custo social, porque implica concretamente a redução do poder de consumo e o incentivo ao descumprimento contumaz da ordem jurídica. Constitui, ainda, um grave incentivo ao endividamento. O trabalhador que teve sonogados seus salários precisará, necessariamente, continuar a alimentar a família, vesti-la, pagar moradia, etc. Para satisfazer os débitos daí decorrentes, tantas vezes obriga-se a contrair empréstimo bancário. Para ele, porém, as taxas aplicáveis serão diversas. Não é difícil imaginar o resultado de uma situação como essa que, ao contrário do que se pode a princípio pensar, é o cotidiano do que ocorre nas relações de trabalho no Brasil. Por essas razões, que dizem com a necessária observância de entendimento já reiteradamente adotado pelo STF; com a literalidade do art. 39 da Lei 8.177/91, que segue em vigor; e, especialmente, com a função econômica e social que o

instituto da correção monetária exerce, a Justiça do Trabalho deverá continuar reconhecendo como aplicável o IPCA-E.

Quanto à alteração do art. 882, segue havendo preferência na ordem de penhora, inclusive para a garantia do juízo. A possibilidade de “apresentação de seguro-garantia judicial” evidentemente está condicionada ao crivo judicial. Tratando-se a executada, de empresa com evidente solidez econômica nada justifica a apresentação de bem que desobedeça a ordem de preferência que, repito, segue sendo a mesma do CPC: dinheiro.

O art. 883-A estabelece que a “decisão judicial transitada em julgado somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas, nos termos da Lei, depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo”, buscando burlar a efetividade que é própria do processo do trabalho. Não há justificativa para tal proposição, que não a deliberada proteção a quem descumpra a legislação vigente, em uma total inversão da lógica que justifica a própria existência de um ordenamento jurídico sujeito ao chamado monopólio da jurisdição. Nesse aspecto, nada impede que o juiz adote outras medidas capazes de impedir que a executada siga atuando no mercado, mesmo quando inadimplente em relação a crédito alimentar.

1) O depósito recursal

A tentativa de retirada da exigibilidade do depósito recursal do processo do trabalho não é nova, exatamente porque essa garantia é um dos principais diferenciais do processo trabalhista, que efetivamente estimula a conciliação e torna a demanda em alguma medida desvantajosa para o empregador.

A Lei nº 13.467 altera o art. 899 para permitir que o valor do depósito recursal seja reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (§ 9º), isentar sua exigência para os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial (§ 10) e autorizar sua substituição por fiança bancária ou seguro garantia judicial (§ 11).

Com isso, pretende esvaziar o próprio sentido de existência do depósito recursal, que é a garantia da futura execução.

Ora, se houvesse uma preocupação em não onerar indevidamente pequenos empregadores, que se propusesse a prolação de sentenças líquidas, dando maior realidade ao valor exigido como garantia. Não podemos esquecer que a empresa só tem que recolher depósito recursal quando sofre condenação em uma sentença trabalhista devidamente fundamentada, que já examinou de modo aprofundado as alegações das partes e as provas que foram produzidas.

Não há, portanto, correspondência desse dispositivo com a função do processo, porque se trata de uma indisfarçada autorização para o descumprimento de decisões ju-



diciais, indo, pois, na contramão da suposta intenção de “modernizar a legislação sem comprometer a segurança de empregados e empregadores”.

Aqui, a segurança – parcial, diga-se de passagem – que o empregado tem de que o crédito já reconhecido em decisão de mérito será satisfeito - é mitigada, sem razão alguma.

Note-se que ao justificar a alteração proposta para o art. 896-A, afirma-se que “a taxa de congestionamento de processos no Brasil atinge níveis superiores a 85%, segundo dados do Anuário “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 2016. Enquanto a taxa de recorribilidade na Justiça Estadual Comum é de 9,5%, na Justiça do Trabalho este número é de 52%. Essas estatísticas se traduzem na vida dos brasileiros em maior demora processual, especialmente no processo do trabalho, sendo que, na Justiça do Trabalho, essa questão é mais crítica por se tratar de verbas alimentares”. Ora, assumindo como verdadeiro o pressuposto para a “reforma”, devemos afastar qualquer tipo de fragilização ou supressão da exigência de depósito recursal. Se há muito recurso em relação às decisões de primeiro grau, a razão é uma só: o contumaz descumprimento de direitos fundamentais trabalhistas. E se a demanda trabalhista versa créditos alimentares, como o próprio relator admite, não há como sustentar, com seriedade, a necessidade de “diminuir o ônus da interposição do recurso, mantendo na economia os valores que seriam objeto de depósito recursal”.

Aqui, a resistência necessária passa pelo uso do poder geral de cautela, autorizado tanto pelo art. 765 da CLT quanto pelo CPC, bem como pelo correto manejo das tutelas de urgência e evidência, cuja aplicação subsidiária ao processo do trabalho parece consenso na doutrina e na jurisprudência. A decisão de mérito no processo do trabalho não tem efeito suspensivo. Ao contrário, a determinação expressa da CLT é que a execução seja sempre promovida, pelo menos até a penhora. Pois bem, com a fragilização imposta ao depósito recursal, nada obsta a determinação imediata de penhora, que é facilitada com a prolação de sentença líquida, mas pode ser realizada mesmo antes do cálculo, com base no valor arbitrado pelo juiz, à condenação.

Além disso, o CPC fixa a possibilidade de liberação de dinheiro em execução provisória. Trata-se de autorização legal expressa que já estava contida na redação final do CPC de 1973, em razão de alteração promovida em 2005, que introduziu o artigo 475-0 àquele diploma legal. Em sua atual redação, o dispositivo assim determina o cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo da mesma forma que o cumprimento definitivo (Art. 520), autorizando “o levantamento de depósito em dinheiro” (inciso IV), inclusive sem qualquer garantia (Art. 521). A previsão contida no CPC não encontra correspondência na CLT, complementando, portanto, o quanto preceitua o art. 899 desse diploma legal.

Não podemos esquecer que para a racionalidade que inspira a existência de um processo do trabalho, a realização do direito é parte integrante da demanda. E parece certo que há urgência em satisfazer crédito do qual depende a sobrevivência física e psíquica do trabalhador e de seus familiares. Essa é a razão pela qual hoje justifica-se a utilização subsidiária do CPC, no que tange à regra que autoriza a liberação de dinheiro em execução

provisória. A razão de ser dos artigos 769 e 889 da CLT encontra-se justamente aí: permitir a integração da norma estranha ao processo do trabalho sempre e somente quando contribuir para a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas.

O recurso ordinário não pode constituir óbice à satisfação de crédito alimentar de que dependa o trabalhador. Sobretudo considerando-se que não há no ordenamento jurídico a previsão de tal benesse. A fragilização imposta à garantia da futura execução precisará, portanto, ser enfrentada desde uma perspectiva que resgate essa efetividade. O artigo 899 da CLT, conjugado com os artigos 520 e 521 do CPC, autoriza a constrição e a entrega de valores, como medida capaz de evitar dano irreparável ao direito.

Nada obsta, portanto, que em sede de execução provisória, o juiz de imediato determine a penhora do valor integral da condenação (superando, inclusive, a garantia representada pelo depósito recursal). E, em uma perspectiva mais arrojada, nada impede o juiz de inclusive liberar o valor penhorado ao exequente, por se tratar de crédito alimentar ou de estado de necessidade da parte (art. 521).

7. Conclusão

A tentativa de destruição do espaço de cidadania representado pela Justiça do Trabalho é a prova cabal de que o objetivo da “reforma” não foi modernizar, criar empregos ou valorizar a ação dos sindicatos.

Ao contrário, ao final de todo esse movimento de destruição de direitos sociais está o propósito de evitar que os trabalhadores e trabalhadoras possam fazer valer seus direitos e que haja algum controle, por parte do Estado, no sentido de coibir o reiterado desrespeito a direitos fundamentais.

O dado, sucessivamente repetido durante os debates sobre a “reforma”, de que há milhões de reclamações na Justiça do Trabalho, representa, antes de tudo, que os propósitos do movimento de acesso à justiça foram razoável e positivamente atendidos na realidade brasileira, pois, fundamentalmente, os institutos processuais criados visavam possibilitar que os titulares dos novos direitos sociais pudessem ter acesso a uma Justiça célere, simples e informal.

A grande quantidade de ações, portanto, não é um demérito, muito pelo contrário, que mostra, também, o alto grau de confiabilidade que o Judiciário trabalhista adquiriu sobre a parcela da sociedade que historicamente tem sido evitada nos demais ramos do Judiciário. E demonstra, igualmente, o quanto ainda os direitos trabalhistas são reiterada e abertamente desrespeitados no Brasil. Nesse ponto, é preciso reconhecer o quanto a própria Justiça do Trabalho, por atuação inadvertida, acabou contribuindo para a ineficácia da legislação trabalhista, ao legitimar conciliações com renúncia a direitos e cláusula de “quitação do extinto contrato de trabalho”, englobando, inclusive, direitos e verbas não discutidos nos autos, e deixando de punir os devedores contumazes.



É o momento, pois, de o Judiciário trabalhista se recompor do baque e compreender que os ataques que sofreu constituem, em verdade, os fundamentos para retornar e prosseguir cumprindo o seu papel de impor o respeito aos valores sociais e humanos nas relações de trabalho, revendo, inclusive, os atos que contribuíram para a sensação de impunidade de empregadores com reiteradamente descumprem a legislação do trabalho.

Mais uma vez, os profissionais que atuam na Justiça do Trabalho e que, de fato, dão vida e sentido à esta instituição, estão sendo postos à prova e tal qual os autores da Lei nº 13.467/17, que constituiu um ato de terrorismo contra a classe trabalhadora, serão historicamente julgados por seus atos e omissões, vez que o conjunto normativo, como procuramos aqui demonstrar, lhes confere opções.

São Paulo/Porto Alegre, 26 de julho de 2017.

Intolerância Religiosa nas relações de trabalho: proteção ao povo de Santo

Júlia Simões Neris¹

Resumo: O presente artigo tratará sobre a temática da intolerância religiosa nas relações de trabalho com enfoque no Candomblé, cujo histórico de vítima de opressão - uma prática subliminarmente racista - nesse país por muito tempo encontrou fundamentação legal e social. Essa discriminação infelizmente ainda se mantém presente, sobretudo nos meios os quais existe um poder de comando entre particulares. Sob a ótica da Teoria Geral do Direito do Trabalho se faz necessária a compreensão dos limites ao poder diretivo do empregador em face da preservação de direitos fundamentais trabalhistas e não trabalhistas, por meio da tolerância a partir das noções básicas do contrato de trabalho.

Palavras-Chave: intolerância religiosa, Candomblé, contrato, direito do trabalho, jus variandi, jus resistentiae.

1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988 garante expressamente em seu artigo 5º, tanto no caput quanto no inciso VI, a liberdade de crença, não apenas como o direito de acreditar naquilo que lhe convier, mas também numa perspectiva de que cada indivíduo pode professar a sua fé e ela será protegida, dentro dos parâmetros legais, por meio da proteção aos templos e cultos que dela emanem. Isso, contudo, não foi uma regra ao longo da nossa história. Como será exposto no tópico seguinte, essa liberdade que já constava na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), não existia nas primeiras leis ordinárias e constituições nacionais. Ao contrário, lei ao longo de boa parte da nossa história foi utilizada como ferramenta de desigualdade e opressão contra povos trazidos para a colônia na condição de escravos e se voltaria contra uma das principais manifestações culturais do país: o Candomblé. A estrutura normativa, contudo, foi apenas um reflexo do olhar que a sociedade lançava para as religiões de matriz africana, uma realidade que se mantém até os dias atuais e é vista de um modo explícito dentro do ambiente de trabalho, no qual o hipossuficiente econômico muitas vezes se encontra em uma situação de vulnerabilidade diante do poder diretivo do patrão ou sob a influência de outro empregado, que se utiliza disso para transformar o ambiente de trabalho - normativamente, um centro ecumênico - em um local de forçosa aderência ou negação de determinada religião ou modo de manifestá-la.

É assim que esse estudo nasce: a partir da necessidade de mostrar a existência dessa discriminação nesse meio específico, como ela tem sua origem sociológica desde os tempos da colonização e é reforçada todos os dias, problematizar como se estruturam as restrições ao poder diretivo do empregador em face da proteção constitucional à liberdade de crença e de culto e como o poder judiciário tem agido diante desse conflito principiológico. Para isso, o trabalho foi dividido em três diferentes abordagens que se complementam: a análise da conjuntura histórica que durante anos fundamentou a intolerância e discriminação contra o povo afrodescendente e o Candomblé; o estudo acerca da liberdade

¹ Graduanda em Direito na Universidade do Estado da Bahia (Uneb).



de crença nas relações de trabalho e como ela permeia o contrato e a análise principiológica de casos concretos.

Essas análises são relevantes numa perspectiva garantista do direito, como promotor de proteção a povos historicamente distanciados das condições mínimas de respeito, dignidade e igualdade em uma relação, muitas vezes, imensamente desigual como ocorre no ambiente de trabalho.

2. Conjuntura Histórico-sociológica da opressão contra o Candomblé/histórico da opressão ao Povo de Santo

Ao virem para o Brasil na condição de escravos, muitos tiveram arrancadas a sua condição humana, a sua família, sua dignidade e assistiram a perda da identidade do seu povo. Cerca de cinco milhões de seres humanos foram transportados por mais de seis mil quilômetros em condições subumanas entre os anos de 1525 e 1851 (PRANDI, 2000). Nesse contexto, a história do candomblé, assim como de outras religiões de matriz africana, é uma história de luta e resistência.

Os negros traficados das mais diversas regiões da África trouxeram consigo elementos culturais e religiosos que provocariam reações sociais e transformariam a estrutura étnica, econômica, política e sociológica do país irremediavelmente, possibilitando a construção do povo brasileiro tal como o conhecemos hoje. A maior parte das cidades de origem dos escravizados tinha particularidades linguísticas, culturais e políticas. Os principais grupos linguísticos que vieram para cá foram os sudaneses e os bantos. No período entre de 1603 até 1830, vigoraram as Ordenações Filipinas, nas quais havia a criminalização da heresia, da negação ou blasfêmia de Deus ou dos Santos e da bruxaria. Os africanos que tentavam manter seus cultos na terra estrangeira como um último grito de autonomia por entre os grilhões que os prendiam eram duramente penalizados.

A partir do século XIX, as cidades brasileiras alavancaram seu crescimento de modo que a prestação de serviços urbanos por escravos e emancipados também cresceu. Ao contrário de outrora; pois, nos campos, os negros se viam confinados em senzalas, limitados pela extensão das terras e da autorização do senhor. O escravo, no período, ganha maior liberdade de movimento e maior sociabilidade. Apesar da diversidade cultural, os africanos como um todo buscavam proximidade com seus conterrâneos vindos de regiões próximas as deles, com similaridades linguísticas, de modo que a adesão de elementos culturais que não os seus originários variava de acordo com cada nação (PRANDI, 2000). Nesse mesmo século, o Código Criminal do Império (1831) tipificava o culto ou confissão de religião não oficial (art. 276), a zombaria à religião Católica (art. 277) e a manifestação de ideia contrária à existência de Deus (art. 278). Ainda que esse mesmo código estabelecesse a impossibilidade de alguém ser perseguido por motivos religioso, de acordo com o art. 179, isso não se atribuía aos povos escravizados, pois seus cultos eram tidos como atentados contra o Estado e à moral pública (BASTIDE, 1989). Em 1832, decreto passou a obrigar os escravos a aderirem à religião oficial. Vale ressaltar que a Constituição de 1824 já estabelecia que o culto a religiões diversas da adotada pelo Império deveria ser doméstico e proibia a construção de templos não católicos (SILVA NETO, 2003).

É necessário lembrar, por exemplo, que o principal pilar moral da sociedade Ocidental é a religião judaico-cristã, desde aquela época era essencial doutrinar os novos povos aos aspectos morais e ideológicos de seus colonizadores, até porque era neles que a legalidade se pautava. Tais práticas, contudo, não tinham como intento apenas ensinar a religião católica à nova população. Essa catequização se projetava de modo superficial, nas palavras de Roger Bastide. Para além disso, buscava afastar ainda mais o negro africano de suas raízes, de sua identidade e cultura, sobretudo quando reconhecemos que a estrutura política da maior parte das cidades africanas, com destaque para Oió e Ketu da qual vieram grande número de pessoas, era pautada na sua relação com os deuses e mais tarde serviria de base na organização hierárquica dentro dos terreiros que aos poucos nasciam na Bahia e, séculos depois, se expandiriam para todo o território nacional com o fim do tráfico negreiro em 1851 e intensificação do comércio inter-regional de escravizados do norte para o sul, conforme divisão territorial do período. Algo que se repetiria 100 anos mais tarde com a Diáspora nordestina, quando o Candomblé - já reconhecido como uma religião com diretrizes próprias e alicerces mais claros - é introduzido novamente no sudeste por meio dos filhos de santo em busca de melhores condições de vida.

O sincretismo religioso que marca o Brasil desde o período colonial nasce através da necessidade do negro cultivar a sua religião publicamente como um aspecto identitário, mas de modo escuso através da máscara católica, fortalecendo a dependência dele sobre a religião branca, sem o igualitarismo cristão, criando uma subcultura (BASTIDE, 1989). Em busca da afinidade étnica, houve negros que aderiram ao catolicismo efetivamente, formando confrarias de culto a santos católicos de cor e estruturando igrejas negras. Não raro, contudo, muitas dessas confrarias foram também máscaras que encobriam a prática segura de cultos africanos. Reginaldo Prandi (1996) crê que, tirando os aspectos religiosos de matriz africana, grande parte da cultura africana simplesmente se diluiu com o passar dos séculos, principalmente aspectos próprios de cada nação, tais como a língua, formando um todo continental. “Tudo é simplesmente África” (p. 59). Isso também é reforçado pela estrutura classista da sociedade brasileira. A capacidade de resistência do pouco que sobrou das culturas das nações dependia da capacidade de absorção pela cultura branca, a origem negra foi apagada ou disfarçada até meados do século XX. A religião era uma expressão de resistência que simbolizava a reconstrução de elementos familiares e societários africanos que haviam sido roubados dos povos escravizados e substituídos por padrões ibero-brasileiros (PRANDI, 1996), os locais de culto se tornavam casas de acolhimento a doentes, emancipados, prostitutas e outros sujeitos marginalizados pela sociedade, vistos como seres sem alma. As senzalas, terreiros e confrarias acabaram tendo um papel marcante na aplicação dos conhecimentos médicos tradicionais, passados através das gerações até chegarem ao Brasil, por meio da utilização de ervas, orações, entre outros. Tornou-se assim um elo de união entre as camadas sociais mais baixas que se sentiam protegidas e cuidadas nesses ambientes de um modo que não poderiam na casa dos seus senhores, onde havia a precarização da medicina ou mesmo ausência dela para os menos abastados (BASTIDE, 1989).

A associação entre as ideias de religiões africanas, feitiçaria e curandeirismo permeiam o imaginário social do país até o período republicano. O Código Penal Republicano de 1890 criminalizava o curandeirismo (art. 156) e o espiritismo (art. 157). No ano seguinte, a Constituição inicia formalmente a proteção ao Princípio da Liberdade de Crença



impondo limitações ao poder de polícia do Estado em face de cultos religiosos. Apesar da manutenção dos crimes de charlatanismo (art. 283) e curandeirismo (art. 284) no Código Penal de 1940, a partir de meados do século XX, o movimento cultural dos anos 60 e 70 começa a questionar os padrões da cultura Ocidental em todo o mundo. Os movimentos em prol de direitos iguais ganham maior notoriedade e a compreensão de que o preconceito contra as religiões de matriz africana existe e como essa intolerância tem causado a morte e a perseguição de membros desses cultos nada mais são do que faces do racismo velado, incrustado na sociedade brasileira desde 1500. Com a Constituição de 1988 e Leis Ordinárias Estaduais anteriores e posteriores a ela, coube ao Estado Democrático de Direito atuar de forma mais efetiva em prol da tutela desse direito fundamental, afastando-se da extrema neutralidade que faria com que incorresse numa proteção desproporcional - seja para mais ou para menos (SARLET, 2015). Entretanto, apesar dos avanços retratados, o preconceito ainda existe. Os números o comprovam. Segundo dados do DIEESE em 2013, o esforço produtivo de trabalhadores negros é menos valorizado e remunerado que o de trabalhadores não-brancos. É uma história que se repete.

É de suma importância reforçar que o candomblé, tal como outras religiões, é elemento identitário do indivíduo que o professa, historicamente como já foi mostrado. Ele está em cada momento de sua existência, tanto dentro quanto fora do terreiro, de modo tão característico que após a sua iniciação o lugar do indivíduo na sociedade externa e interna ao candomblé muda irremediavelmente. Os filhos de santo usam a força de vocábulos como “pai” e “mãe” para designar seus sacerdotes, que os orientam com relação tanto à espiritualidade, como também com relação temas mais mundanos, como familiares biológicos e afetivos o fariam. É uma religião vinculada à noção de família e uma nova família é criada a cada iniciação (VERGER, 1997). Suas vestes, linguagem falada e corporal, seus modos de viver, adotam um novo sentido e novas justificações, tanto diante de si quanto aos olhos do mundo. Há uma resignificação do indivíduo (SANTANA, 2006). As guias que o candomblecista porta no pescoço não são apenas símbolos de proteção, são manifestações de atributos próprios, características individuais que emanam para além delas, mas, por meio delas, se expressam.

É necessário reafirmar, por fim, que os indivíduos escravizados nessa terra estabeleciam uma relação de trabalho com seus senhores, cujas bases estavam pautadas, sim, em condições de trabalho insalubres, na subjugação do outro, na ocultação de sua identidade, destruição do seu eu e de toda uma cultura. Um regime de trabalho que durou cerca de 363 anos - mais do que qualquer outro na história do país - e indiscutivelmente ainda há resquícios de seus efeitos até os dias atuais, seja no modo desigual como a lei ainda insiste em tratar as domésticas ou mesmo na intolerância religiosa que se projeta aos cultos africanos dentro do ambiente de trabalho.

3. Liberdade de crença nas relações de Trabalho

As relações de trabalho se estabelecem entre particulares, mediante vontade mútua através de um contrato tácito ou expresso de prestação de serviços, o qual delibera sobre obrigações e contrapartidas dos sujeitos envolvidos, além daquelas estabelecidas por lei. Para John Locke (1973), esse contrato seria uma das exteriorizações máximas da liberdade

do indivíduo, como um direito natural, ao fazer de si mesmo sua propriedade e poder negociar essa força de trabalho em troca de uma remuneração. Tal pensamento ainda vigora com certas ressalvas entre alguns doutrinadores - os chamados contratualistas - na medida em que acreditam que o fundamento do poder diretivo do empregador emana da autonomia da vontade das partes (CRISTOVAM, 2013). Desse modo, a valorização do trabalho com a finalidade de obtenção e conservação da propriedade é usada como fundamento no início da Revolução Industrial para uma ingerência mínima do Estado sobre esse tipo específico de relação entre particulares em prol de ideais defendidos nas revoluções burguesas. O resultado disso foi a extrema liberdade de empreendimento e lucro, descartando outros direitos individuais, submetendo o trabalhador a condições insalubres e subumanas de vida, numa clara superioridade do capital em detrimento do social (TRINDADE, 2002). Na medida em que o empregador tem em mãos as condições para a subsistência do trabalhador, a tendência seria este perder sua liberdade contratual efetiva, submetendo-se aos ditames do empregador - por consequência, do capital (MARX e ENGELS, 1999). A reação surgiu em forma de lutas operárias em prol da dignidade no ambiente de trabalho, salários justos e redução da carga de trabalho. Com o passar do tempo, essas lutas deram origem a um direito do trabalho pautado nos direitos fundamentais, cujo alicerce básico é a proteção ao hipossuficiente econômico (MARTINEZ, 2011).

Hoje em dia, o contrato de trabalho não é apenas um contrato civil de trato sucessivo tal como defendia Locke, ele está submetido a uma interferência incisiva do Estado para garantir direitos, sobretudo de cunho patrimonial, por meio do reconhecimento da existência de um polo mais vulnerável na relação, o qual deve ser protegido pela ação estatal. No Brasil, esse conceito de “Contrato de Trabalho”, encontra-se nos artigos 442 e 443 da CLT, embora muitos doutrinadores entendam que esses dois artigos não esgotam o conceito, atendendo, assim, a definições próprias.

Vale ressaltar que essa existência de direitos extrapatrimoniais protetores de direitos fundamentais não se refere apenas à atividade laboral em si e direitos estritamente vinculados a ela, mas permeia outros ramos do direito numa tentativa do Estado proteger bens jurídicos relacionados à individualidade, identidade e autonomia dos sujeitos envolvidos, compreendo que eles são seres humanos e seus direitos fundamentais não podem ser subjugados. Essa proteção emana, sobretudo, da ordem constitucional, na medida em que o disposto na Carta Maior - com o neoconstitucionalismo - emana para todo o ordenamento, vinculando a compreensão das normas infra-constitucionais aos princípios e regras por ela erigidos.

O Estado ao tratar desses aspectos das relações de trabalho não pode incorrer no erro de pecar pela falta, o que não é raro de acontecer. O juiz natural e o legislador têm sua atuação/sua zona de discricionariedade limitada por essas duas faces da proporcionalidade: proibição da proteção excessiva e proibição da proteção insuficiente, evitando, por exemplo, situações de abuso de poder. Nas palavras da promotora Juliana Venturella Nahas Gavião (2008):

Desse modo, na medida em que o Estado se omite em seu dever de proteção dos direitos fundamentais, ou não o faz de forma adequada e eficaz, seu ato estará eivado de inconstitucionalidade, por violação da proibição de proteção deficiente (p. 109)



A força de trabalho do ser humano é uma projeção da sua personalidade, tendo, assim, conteúdo de direitos fundamentais (SETUBAL, 2011). Por isso, não se pode tratar o contrato de trabalho como um mero contrato do direito civil – o que destituiria a razão de ser da Justiça do Trabalho. Segundo Maurício Godinho Delgado (2000), a diferença central entre contratos de prestação de serviços e contratos de trabalho está exatamente nos aspectos da fungibilidade, não-eventualidade e da subordinação. As atividades da prestação de serviços tendem a ser autônomas e fungíveis, enquanto para configurar contrato laboral há a necessidade da presença da subordinação e da infungibilidade.

É nesse contexto que o Poder Hierárquico - nomenclatura que gradativamente tem perdido espaço na doutrina - se confunde com o Poder Diretivo do empregador. Para o ministro Maurício Goldinho Delgado (2013), reconhecer o poder empregatício como hierárquico seria dar legitimidade à ideia de superioridade autoritária do empregador sobre o empregado, por isso se fala de Poder Infraempresarial, que abrange o poder de fiscalizar, regulamentar, dirigir, disciplinar. Desse modo, em face da assunção dos riscos do empreendimento da atividade laboral, cabe ao empregador o poder de regulamentar regras gerais, impessoais, de cumprimento abstrato e obrigatório, e organizar a forma como tal atividade será desenvolvida, além de fiscalizar as normas que implantou e, em caso de descumprimento, aplicar as sanções cabíveis (CLT, art. 2º). O problema se encontra nos limites a esse poder empregatício. No entendimento de Luiz Roberto Barroso (2005), esses limites não estão legalmente inscritos, eles são extraídos dos princípios de cunho finalístico do Estado de Direito pátrio, mediante uma interpretação neoconstitucionalista, ou seja, as premissas de igualdade, liberdade, bem-estar, segurança e dignidade da pessoa humana, por exemplo, devem nortear os limites ao jus variandi patronal - direito potestativo e, em parte, discricionário do empregador de promover alterações nas condições de trabalho. Para tanto, condutas que se mostrem atentatórias à dignidade física ou psicológica, exclusivas, abusivas e reiteradas poderão ensejar assédio moral. As ordens do empregador devem estar relacionadas ao trabalho, não à vida privada do empregado, desde que esta não cause dano direto à empresa ou à sua imagem - casos nos quais a restrição seria legítima (CRISTOVAM, 2013). O jus resistentiae surge, assim, como a recusa legitimada seja por razões de consciência ou pela ilicitude do ato de obediência às ordens do empregador ou de quem puder atuar em nome dele por parte do empregado.

O aumento sistêmico de ações trabalhistas com pedidos de indenização moral simboliza que o desrespeito por direitos da personalidade nas relações entre particulares, sobretudo aqueles que tratam da dignidade da pessoa humana, e como esse desrespeito vem sendo cada vez mais judicializado. O jus variandi muitas vezes se confunde com um efetivo abuso de direitos, chegando, a depender do caso concreto, a ensejar graves ocasiões de assédio seja ele vertical ou horizontal. Embora o abuso de direitos e o assédio não sejam institutos que se limitam às relações de trabalho, dentro delas existe o agravante de uma das partes ser hipossuficiente dentro da relação (PAMPLONA, 2006) Essa relação de pendência acaba sendo potencializada pelo modelo econômico e político Ocidental.

No que tange a liberdade de crença, é necessário compreender que a religião - ou, na mesma medida, a ausência dela - são partes fundantes da identidade cultural dos sujeitos que a praticam. No entendimento assertivo do professor Aloisio Cristovam (2013), a religião como ideologia emana para todas as áreas da vida daquele que a cultua, tanto em

ambientes públicos quanto privados, interferindo inclusive nas relações intersubjetivas, configurando-se como um fato social. Assim, o princípio da liberdade (art. 5º, IV e VIII, CF/88) nasce como um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) - ambas já garantidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 10º) -, pois a proteção estatal da liberdade de culto e crença do indivíduo é um modo de garantir a sua dignidade.

Na percepção de Manoel Jorge Silva e Neto (2003), a heterogeneidade de sujeitos no ambiente de trabalho abre espaço para a ocorrência de proselitismo de uma religião dentro da empresa por um sujeito ou um coletivo, seja de empregados, empregadores ou figuras que os representem. O proselitismo, contudo, não é o único possível conflito a ser travado sobre o tema no ambiente de trabalho. A própria não aceitação de manifestações religiosas cotidianas sem necessariamente haver tentativa de doutrinação por qualquer das partes por si já pode gerar problemas na interação entre sujeitos. A empresa, como ambiente social, pode se tornar local de conflito de individualidades. A situação se agrava, contudo, pois nessa relação específica não há equilíbrio entre as partes. Um dos sujeitos é o detentor dos meios de produção, em face de um lado hipossuficiente que – como ocorre com a maior parte da população – precisa desses meios para dar continuidade a sua subsistência.

Desse modo, é nítida a iminente colisão entre normas do ordenamento jurídico. Se por um lado a Constituição Federal de 1988 garante o exercício de individualidades, vedando preconceitos contra a liberdade de culto e credo, por outro garante ao empregador a potestade de gerir aspectos básicos da empresa. Quando a intolerância se propaga em face de manifestações religiosas de matriz africana, ela atenta contra o próprio direito à memória de um povo historicamente marginalizado. Na medida em que se compreende que o Candomblé, para além de dogma, é uma manifestação cultural, sua proteção e a de seus praticantes não teve ser vista como um mero direito individual, mas como um modo de preservação de uma história.

4. Análise de Caso: Processo TRT-10 sob número 01786-2013-016-10-00-6

Segundo dados apresentado pela Comissão de Combate à Intolerância Religiosa do Rio de Janeiro (CCIR), apenas 1.014 casos de ofensas, abusos e atos violentos contra praticantes de religiões foram registrados no terceiro estado mais populoso do país. Desse dados, contudo, mais de 70% das denúncias que estão entre 2012 e 2015 foram feitas por praticantes de religiões africanas que sofreram violência. As estatísticas acerca do tema ainda são insipientes. Elas não discriminam o lugar onde o preconceito se manifesta ou quais os seus principais meios.

O medo e a banalização da violência também ajudam a desviar os números da realidade. Não é raro ouvir relatos de candomblecistas que simplesmente preferem não expor a sua religião por medo de represálias. Tal como não é raro que as vítimas nem cheguem a procurar auxílio do Estado. Essas pessoas compõem uma zona cinzenta na sociedade, a qual torna senso comum o conhecimento acerca da existência do preconceito, mas não se dimensiona os danos provocados tanto à coletividade quanto ao indivíduo gerados pela



intolerância. Quando analisamos a ocorrência de abuso de direitos por parte de empregadores ou colegas de trabalho contra candomblecistas, o silêncio acerca do preconceito pode surgir por diversos motivos segundo os entrevistados: medo do desemprego, medo de agravamento da situação de assédio.

No processo número 01786-2013-016-10-00-6, TRT-10, julgado em primeira instância pelo Magistrado Luiza Fausto Marinho de Medeiros e em sede de recurso teve como relator Maria Regina Machado Guimarães, é possível analisar com maior profundidade a ocorrência, no caso concreto, desse tipo de conflito entre o poder diretivo do empregador e a liberdade de crença do empregado. Segundo consta nos autos, a Autora foi vítima de despedida sem justa causa motivada por circunstâncias discriminatórias de cunho religioso, dado o fato de a ela terem sido atribuído os caracteres de “Macumbeira” e “Mão de Santo” por colega de profissão (coordenadora do colégio o qual a Autora era professora). A partir disso, foi vítima de constrangimento pelos demais colegas. A Autora sustenta ainda, afirmação reiterada por testemunhas, que foi questionada pela empregadora sobre a verdade dos boatos acerca de suas práticas religiosas e, mediante confirmação, seria despedida.

Caso semelhante ocorreu na Bahia. Gilmar Santos, professora de filosofia de escola particular em Salvador-Ba, na constância do contrato de emprego, era eventualmente vítima de comentários de conotação depreciativa como “Macumbeira” e “Mulher do torço” por parte de colegas de trabalho e estudantes. Em dado momento, isso chegou a ser suscitado por alguns colegas com caráter vexatório em reuniões de professores, em seu período de iniciação no Candomblé, no qual as vestes características da religião eram mais expressivas. A partir de então, Gilmar passou a ter de se posicionar constantemente em face do preconceito dentro da escola, trazendo para a sala de aula discussões sobre religiosidade e tolerância. Além disso, houve casos de alguns pais tirarem as crianças da escola devido à presença da educadora, pois, nas palavras dela, alegavam que a diretora estava “colocando gente que tem parte com o diabo para dar aula” e não manteriam as crianças na escola se Gilmar continuasse a ministrar aulas na instituição. A resposta da escola foi não permitir o preconceito, perpetuando o contrato de emprego de Gilmar e lhe dando discricionariedade para trabalhar o tema religiosidade dentro da disciplina por ela ministrada. Ela relata ainda que a escola tinha inúmeros estudantes candomblecistas que não se apresentavam enquanto tal, filhos de babalorixás inclusive, pois não se sentiam protegidos ou identificados. A partir do momento que ela começou a se reafirmar enquanto mulher negra e candomblecista, essas crianças encontraram espaço para manifestar seu credo sem vergonha ou medo.

As situações são quase idênticas. Na medida em que o empregador assume os riscos do empreendimento, ele costuma seguir as tendências de mercado, a fim de garantir aumento ou manutenção de lucros. Em função disso, a subordinação do empregado (seja ela econômica, técnica ou jurídica) é reconhecidamente essencial nas relações de emprego, pois é a partir dela que o empregador define a dinâmica organizacional da empresa, com finalidade lucrativa. O Poder Diretivo, assim, determina aspectos organizacionais da empresa e comportamentais do empregado. Esses riscos, contudo, são estranhos à figura do empregado (NASCIMENTO, 2008). Quando um funcionário põe em risco a relação entre o consumidor final do produto ou aquele a quem se presta o serviço, a empresa

tem o poder diretivo sobre como gerir a situação proporcionando ganhos. O empregado, contudo, tem direito de se manifestar contra esse poder diretivo quando este rompe com os contornos que o delimitam na figura do *jus resistantiae*. O conflito principiológico é claro: se por um lado, o empregador deve gerir seus empregados do modo a satisfazer os propósitos da empresa, de outro o empregado não deve ser privado ao extremo de liberdades individuais, sobretudo aquelas que dizem respeito a direitos da personalidade, por se configurarem como projeções da sua dignidade enquanto ser humano na constância do contrato de emprego.

Com base em estudos, é perceptível ainda que existem diferentes formas de reconhecimento da intolerância, envolvendo diferentes atores em distintos momentos do contrato de trabalho. As mais relevantes são 1) direta (incidindo direta e imediatamente na figura do empregado, levando em consideração ou não a intencionalidade da conduta) ou indireta; 2) vertical ou horizontal (distinção que leva em consideração a posição hierárquica do agente) e por ação ou omissão, segundo entendimento do professor Aloísio Cristovam do Santos Júnior (2008). Assim, essa intolerância pode ocorrer, por exemplo, por meio de proselitismo, o qual se configura na tentativa de cooptação religiosa; e pela não aceitação positiva ou negativa da manifestação individual do empregado sem tentativa de imposição de nenhuma outra religião. Qualquer uma delas podendo se configurar ou não como assédio a depender das especificidades de cada caso concreto.

A necessidade de ponderação, nos termos da doutrina de Virgílio Afonso da Silva (2002), nesses casos, se faz ainda mais necessária quando se entende que o direito de manifestação religiosa do candomblé tem suas raízes ainda relacionadas com o Direito à Memória. No entendimento de Rogério Gesta Leal (2012), a tradição é uma forma de autoridade que impera sobre o indivíduo, instituições e comportamentos, de modo que passado e presente são relacionais. Assim, políticas públicas de preservação coletivo desse direito têm de ser pautadas no que tange a reconstrução de aspectos sócio-culturais, apoio por parte de profissionais habilitados, treinamento de pessoal a fim de estabelecer apoio psicossocial, grupos de autoajuda e reconhecimento por vias simbólicas, sendo um dos valores da memória o aprendizado transmitido através dela. A negativa dessas posturas de restauração seja por parte da sociedade, de outros atores de poder ou do Estado implica na violação do direito fundamental à informação e ao conhecimento. Distorção da memória é um modo de produção e manipulação da verdade.

Desse modo, mais um elemento principiológico é colocado na equação que apreende o sopesamento de valores a serem analisados na situação problema: o direito do candomblecista de exteriorizar e perpetuar a memória de um povo historicamente marginalizado por meio de sua crença, como uma forma de resistência a sociedade que criminalizou essa prática. Assim, com os lados do conflito mais bem delineados, a busca por uma resolução dos conflitos advindos das relações laborais até então explicitados se mostra mais clara, principalmente quando se entende que direta ou indiretamente esse conflito está no campo dos princípios.

A partir dos estudos do professor Robert Alexy (2008), é possível compreender princípios como normas jurídicas que ensejam deveres de otimização a partir de aspectos fáticos e jurídicos de uma sociedade e fundamento na aplicação das regras, ensejando, ainda,



obrigações em *prima facie*, não restringindo sua aplicação a um estado ideal. Ao contrário das regras, as quais antinomias tendem a ser resolvidas de modo absoluto através de tudo ou nada, os princípios quando conflitantes estão sujeitos à ponderação decorrente da análise do caso concreto por meio de processos dialéticos, não a necessário invalidade de um ou cláusula de exceção como ocorre no âmbito do conflito entre regras. São definidas, assim, dimensões de pesos na avaliação dos princípios colidentes, a resolução viria do sopesamento dos interesses conflitantes.

O princípio da Proporcionalidade, nesse caso, seria de suma importância para dar uma resposta jurídica ante o problema posto, quando judicializado. Utilizando a teoria de Virgílio Afonso da Silva (2002), é possível apreender que a resolução de antinomias entre princípios está na aplicação da adequação (busca por um meio apto a alcançar efeitos previstos), necessidade (atuação de limitação do poder Estatal de um direito em face de outro, por meio de um exame comparativo de impor a menor restrição possível com a maior efetividade) e proporcionalidade em sentido estrito (onde efetivamente se estabelece o sopesamento de princípios, justificando a restrição de um direito em face de outro). Aplicando esse entendimento aos casos concretos, é possível manter a tutela da Liberdade Religiosa, sem inviabilizar o Poder Diretivo do Empregador, seja por meio da instauração de um modelo de neutralidade, de tolerância ou de multiculturalidade dentro do ambiente laboral (CRISTOVAM, 2013) a partir da análise do caso concreto.

O problema, contudo, se encontra antes mesmo da possibilidade de aplicação da Teoria Geral dos Princípios na medida em que o preconceito religioso contra o povo de santo nas relações de trabalho é reativizado ou mesmo pode-se dizer que tem sua problemática reduzida na medida em que o preconceito é aceito e a judicialização é mínima. Desse modo, a intolerância aos candomblecistas nas relações laborais permanece numa zona obscura, a qual não encontra dados ou estudos mais coerentes que a exponham e ocupa um lugar em que a sociedade sabe que o preconceito existe, mas não toma medidas concretas para coibi-lo nos diferentes ambientes relacionais em que ele está presente.

5. Conclusão

Ao longo da história do povo negro no Brasil, uma das suas maiores expressões identitárias foram as religiões de matriz africana. Durante os anos de escravidão (regime de trabalho que teve a maior durabilidade no país), elas funcionaram como elo entre os negros na condição de escravos e as suas terras natais, no que diz respeito a suas línguas, medicina, estruturas políticas, músicas, formas de se relacionar com a natureza, com o homem e as divindades, por exemplo. Essa vinculação é de suma importância para a compreensão do povo brasileiro e do olhar que a sociedade até hoje lança sobre esse aspecto cultural específico de um dos principais povos que possibilitaram a sua formação. O preconceito resiste.

A legislação, enquanto expressão de características sociais, teve posturas importantes nesse contexto na medida em que os primeiros códigos criminais do país penalizavam o exercício público de religiões que não a oficial e posteriormente tipificaram a feitiçaria e o curandeirismo (compreendidos então como práticas religiosas dos negros), ainda que

a Declaração dos Direitos do Homem já tutelasse a Liberdade Religiosa há muitas décadas. A sociedade, por meio da força coercitiva do Estado, institucionalizou durante longos períodos a negativa dessa e de outras expressões de identidade do povo negro. Seus reflexos permanecem no Brasil até hoje, seja pelo predomínio do número de empregadas domésticas negras, seja na não judicialização de ações trabalhistas que dizem respeito à liberdade religiosa do povo de santo. Nesse último caso, a ausência de dados estatísticos quantitativos sobre o número de casos de discriminação religiosa contra o povo de santo, restringe problemáticas importantes sobre o tema e dificulta que pesquisas para além de empíricas sejam realizadas.

Embora o poder diretivo do empregador, decorrente da assunção dos riscos da atividade empresarial, lhe permita organizar a empresa e selecionar empregados de acordo com a perspectiva de maior lucratividade, ao empregado cabe o direito de resistência contra possíveis abusos decorrentes de condutas do empregador nesse ínterim. É nesse contexto que nasce o conflito principiológico: de um lado o Poder Diretivo do Empregador como prerrogativa do empreendimento empresarial, de outro o Direito à Liberdade de Culto e Crença e o Direito à Memória, cuja resolução será debatida aqui de acordo com a doutrina de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, ao defenderem o sopesamento de princípios por meio da proporcionalidade e razoabilidade em caso de colisão entre os mesmos.

A resposta para esses conflitos decorre da análise minuciosa de cada caso concreto, contudo, ele se torna mais problemática quando se compreende que o dano provocado pela intolerância não atinge unicamente a vítima imediata (o empregado), ele atinge toda uma sociedade, pois reafirma pressupostos escravagistas e legitima-os, marginalizando ainda mais o negro e suas raízes culturais, cabendo ao Estado desenvolver políticas de proteção às mesmas, tal como demanda o Direito à Memória.

A história do candomblecista é uma história de luta e resistência. Relegar o estudo das conseqüências atuais da violência contra eles cometida nos principais modos de relação entre indivíduos da atualidade é relegá-los à obscuridade da qual sempre foram vítimas e um meio de negar mais uma vez a sua importância enquanto povo formador do país.

6. Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de direito administrativo. v. 240. p. 1-42. 2005.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução E. Jacy Monteiro. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril cultural, 1973.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo. SP: Editora Ática, 2004.



TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis 2002.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição de proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do RS, n. 61, p. 93-111. 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de trabalho e afins: comparações e distinções**. Rev. Trib. Reg. Trabalho 3ª região. Jan./jul. Belo Horizonte: 2010.

NETO, Manoel Jorge Silva e. **A proteção constitucional à liberdade religiosa**. Revista de informação legislativa. n. 160 out./dez. Brasília: 2003

BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**: Contribuição a Uma Sociologia das Interpenetrações de Civilizações. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 3ª Edição, São Paulo: 1989.

SANTANA, Marcos. **Mãe Aninha de Afonjá**: um mito afro-baiano. Salvador:EGBA, 2006.

VERGER, Pierre. **Orixás**: deuses iorubás na África e no novo mundo. 5. ed Salvador: Corrupio, 1997. 295 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade religiosa e dever de neutralidade estatal na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988#author>>

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª. Edição. São Paulo, Saraiva, 2011.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego**. 2006. Disponível em: <<http://www.amatra5.org.br/images/a/No%C3%A7%C3%B5es%20Conceituais%20sobre%20o%20Ass%C3%A9dio%20Moral%20na%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20Emprego.pdf>>

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos Fundamentais do Trabalhador na Relação de Emprego**. Disponível em: < <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063483.pdf>>

Por que as religiões de matriz africana são o principal alvo de intolerância no Brasil? BBC Brasil. Rio de Janeiro. 21 jan 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm>

PRANDI, Reginaldo. **De africano a afro-brasileiro: etnia, identidade, religião**. REVISTA USP, São Paulo, n.46, p. 52-65, junho/agosto 2000.

PRANDI, Reginaldo. **Povo Negro**. Revista USP. p. 64-83, dezembro/fevereiro: 1996.

LEAL, Rogério Gesta. **A memória como direito fundamental civil e político**: qual o caminho brasileiro?. Verdade, memória e justiça [recurso eletrônico]: um debate necessário/organizador. Org. Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

A Nova Regulamentação das gorjetas

Pedro Lino de Carvalho Júnior¹

Resumo: A Lei nº 13.419/2017 introduziu várias mudanças nos mecanismos de rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. As alterações promovidas na CLT – no bojo da reforma trabalhista patrocinada pelo atual governo, modificaram, substancialmente, os parâmetros até então empregados para tal desiderato e, em certa medida, colidem com o entendimento que as cortes trabalhistas vinham paulatinamente consagrando em relação a tópicos importantes da matéria. De qualquer sorte, as disposições agora vigentes desafiam a argúcia dos operadores jurídicos ao oferecerem inúmeros obstáculos interpretativos, pelo que o presente estudo ambiciona examinar as principais inovações estipuladas e as dificuldades postas à sua implementação. Com tal propósito, aponta alguns caminhos hermenêuticos que possibilitem assegurar o respeito ao valor social do trabalho e sugere a imposição de determinados limites às negociações coletivas, no particular, com registro do papel que o Ministério Público do Trabalho tem assumido no enfrentamento dessas questões.

Palavras-chave: Gorjetas. Nova regulamentação. Reforma trabalhista. Ministério Público do Trabalho.

Sumário: 1. Introdução. 2. As gorjetas: natureza jurídica e repercussões. 3. Das modalidades de gorjetas. 4. O disciplinamento das gorjetas após a edição da Lei nº 13.419/2017. 5. O papel dos entes sindicais na aplicação das novas disposições normativas. 6. A atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região: o projeto “Gorjeta Legal” e o projeto “Gorjeta e condenações judiciais”. 7. Considerações finais.

1. Introdução

A Lei 13.419/2017 introduziu diversas mudanças nos mecanismos de rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. As alterações promovidas na CLT – no bojo da reforma trabalhista² patrocinada pelo atual governo, modificaram substancialmente os parâmetros até então empregados para tal desiderato e, em certa medida, colidem com o entendimento que as cortes trabalhistas vinham paulatinamente consagrando em relação a tópicos importantes da matéria. Como quer que seja, as disposições ora vigentes desafiam a argúcia dos operadores jurídicos, na medida em que oferecem inúmeros obstáculos interpretativos. O propósito deste estudo, em síntese, é refletir acerca de alguns desses impasses, sempre com o desejo de encaminhar a análise mais no sentido de contribuir para o debate do que, propriamente, com o avançar no fechamento de conclusões.

¹ Procurador do Trabalho/PRT5 e Professor Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Econômico (UFBA). Especialista em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA). Bacharel e Doutor em Filosofia (UFBA). Diretor Cultural do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - IPEATRA.

² Em verdade, antecedendo-a, mas já sinalizando seus propósitos.



Seria um truísmo reconhecer que no mundo do direito as mudanças normativas revestem-se de extremada importância. Assim sendo, louvando-se em Pierre Bourdieu, Lênio Streck foi preciso ao assinalar que os profissionais do Direito, quando surge uma nova lei, se “tornam órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles *o que é que a lei diz* (ou ‘*quis dizer*’)...”. (Streck, 200, p. 75).

Nesse ensejo, em que um novo regramento jurídico determina outras diretrizes para o regramento de condutas, é preciso ter claro que nenhum processo interpretativo se realiza *ingenuamente*, no sentido de que ao intérprete caberia tão apenas descortinar o exato sentido da norma que se encontraria, por vezes, cativo em suas expressões linguísticas. Ao contrário, a hermenêutica jurídica, enquanto tal, é um percurso eminentemente *político*,³ a exigir de seu protagonista uma constante vigilância epistemológica e uma saudável explicitação de seus referenciais teóricos e valorativos, até porque, ao contrário do que pensam muitos juristas, os textos legais são apenas um suporte formal de significados políticos, tendo em conta que todo o Direito é, em última análise, construído politicamente, como adverte Horácio Wanderley Rodrigues (Rodrigues, 1993, p. 154).

Em derredor do tema, calha invocar as reflexões de Agostinho Ramalho Marques Neto, com seus provocantes e incômodos reparos à doutrina tradicional da interpretação do Direito:

Pode-se contrapor, aqui, a objeção de que o significado da norma jurídica, por mais que o legislador se empenhe nesse sentido, jamais é unívoco, mas sim plurívoco e equívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o ‘verdadeiro’ sentido da lei, mas *cria* o sentido que mais convém a seu interesse teórico e político. Neste contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado na lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete (Marques Neto, 1996, p. 29).

Considerações de semelhante feitio vêm a pêlo, uma vez que, na atual conjuntura, a atividade interpretativa, mesmo que não o pretenda explicitamente, acabará efetuando uma verdadeira *reescritura* do texto celetário. Urge, portanto, que se impeçam eventuais retrocessos hermenêuticos, mormente naquelas hipóteses em que alguns esquecem que a matriz axiológica da Consolidação das Leis do Trabalho está situada na Carta Constitucional, pois nesta se pactuou o projeto existencial da sociedade, do qual a legislação trabalhista há de ser (também) a sua explicitação. Neste sentido, o correto posicionamento de Ricardo Luiz Lorenzetti, ao assinalar que “o Direito Privado é Direito Constitucional

³ Este tema exige que se reflita acerca da natureza do ato interpretativo. O jurista, ao interpretar a norma, exerce um ato de poder, com todas as consequências dessa atitude. Como ensina Óscar Correias: “Pero lo que los juristas decimos, es, al mismo tiempo, una *actividad*. Esto es así por las propias características del objeto con el que tratamos. Mientras que al poder, en tiempos normales, le tienen sin cuidado los que los filósofos y politólogos dicen, le preocupa de manera especial lo que los juristas dicen, porque al decir hacemos – como ha sido puesto de manifiesto por los actos de habla”. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Marques Neto, Agostinho Ramalho *et alli*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 10. (grifos do autor).

aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva” (Lorenzetti, 1998, p. 252-253).

Sob esta perspectiva analítica, promover-se-á a abordagem da temática proposta conforme as diretrizes firmadas pelo ordenamento pátrio, na compreensão, insista-se, de que inaceitável pretender a leitura da CLT com total abstração das disposições constitucionais que impõem o *tom* de sua exegese.

Inicialmente, serão examinadas as principais características dessa verba remuneratória e suas espécies e em, um segundo momento, as inovações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho- CLT, com ênfase nos desafios apresentados à sua implementação. Mais adiante, abordar-se-á o papel dos entes sindicais **à luz dos recentes dispositivos aprovados** para, finalmente, focar a atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região na tutela dos direitos dos trabalhadores e dos interesses coletivos, em especial as ações desenvolvidas no âmbito do projeto “Gorjeta Legal” e do projeto “Gorjeta e condenações judiciais”.

2. As gorjetas: natureza jurídica e repercussões

Como leciona o ilustre jurista Luciano Martinez, as “gorjetas são suplementos salariais outorgados pelos clientes de uma empresa em favor dos empregados desta como estímulo pecuniário para manutenção de um bom atendimento” (Martinez, 2010, p. 373). Em obra clássica, muito acertadamente, doutrinava o mestre Pinho Pedreira que elas tem o caráter de doação remuneratória oferecida pela clientela (Pedreira, 1954, p. 84).

Nos termos do art. 457 da CLT, compreendem-se na *remuneração* do empregado, para todos os efeitos legais, além do *salário* devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as *gorjetas* que receber. Ou seja, remuneração é gênero que abrange o salário e as gorjetas. No particular e ainda no mesmo artigo, dispõe a CLT que “Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados”.

Exatamente por não se confundirem com o salário e, conforme prevê o dispositivo invocado, não se constituírem receita própria dos empregadores - pois se destinam aos trabalhadores, as gorjetas não servem para compor a base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, à luz do disposto na Súmula nº 354 do TST:

GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES. As gorjetas, **cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes**, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.



Pacificou-se, destarte, a concepção de que as gorjetas integram a remuneração do empregado e repercutem apenas nas férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS com a respectiva indenização, além de comporem a base de cálculo para as contribuições previdenciárias, em conformidade com o art. 28 da Lei nº 8.212/91. Logo, caso o empregado receba salário fixo de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e, de gorjeta, au-fira, em média, R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês, com fundamento no art. 457 da CLT, sua remuneração é de R\$ 3.000,00 (três mil reais), “quantum” este que servirá de referência para o pagamento das referidas parcelas e cumprimento das obrigações sociais correspondentes:

RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ANOTAÇÃO NA CTPS. A decisão do TRT foi proferida em estrita consonância com a Orientação Jurisprudencial n.º 82 da SBDI-1 do TST, que dispõe: “A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.” Recurso se revista de que não se conhece. GORJETAS. REPERCUSSÕES EM OUTRAS PARCELAS. 1. A questão relativa à integração das gorjetas na remuneração do empregado está pacificada nesta Corte, por meio da Súmula n.º 354 do TST, que dispõe: “GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.” 2. Nesses termos, a determinação de integração das gorjetas nas férias mais 1/3, 13.º salário, e FGTS mais multa de 40%, está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, estando superadas eventuais decisões em contrário. 3. Não obstante, a determinação de integração das gorjetas nas parcelas aviso prévio e repouso semanal remunerado, contraria a Súmula n.º 354 do TST. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento parcial. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A CLT, no capítulo relativo à execução trabalhista, apresenta disciplina específica acerca do prazo e da garantia da dívida pelo executado. Aliás, há previsão expressa no art. 883 sobre os efeitos decorrentes do não pagamento espontâneo do valor objeto da execução, com a cominação de custas processuais e juros de mora. Assim, o entendimento firmado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais é o de que a multa prevista no art. 475-J do CPC é inaplicável na Justiça do Trabalho. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 655620115080003, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015).

GORJETAS. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. ART. 457 DA CLT E SÚMULA 354 DO TST. REPERCUSSÃO SOBRE FÉRIAS, 13º SALÁRIO E FGTS + 40%. GORJETAS. Nos termos da Súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho e do art. 457 da Consolidação das Leis Trabalhistas, as “gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas

extras e repouso semanal remunerado”. Posto isso, mostra-se irrepreensível a determinação de pagamento das repercussões das gorjetas reconhecidas sobre as férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas e FGTS, com a respectiva exação rescisória. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NATUREZA PROTELATÓRIA. INOCORRÊNCIA. Não constitui ato evidentemente protelatório o exercício do direito de defesa, quando são utilizados os meios e recursos assegurados por lei, em observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal em vigor). (RO 2415-41.2013.5.22.0105, Rel. Desembargador FAUSTO LUSTOSA NETO, TRT DA 22ª REGIÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 16/06/2015, publicado em 01/07/2015) (TRT-22 - RO: 24154120135220105, Relator: FAUSTO LUSTOSA NETO, Data de Julgamento: 16/06/2015, Data de Publicação: 01/07/2015).

GORJETAS. DIFERENÇAS SALARIAIS. Reconhecida a percepção de gorjetas pelo autor, devida é a sua integração no salário para fins de pagamento de 13º salários, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%, na forma como disciplina a Súmula nº 354 do C. TST. (TRT-2 - RO: 00017896920145020064 SP 00017896920145020064 A28, Relator: MERCIA TOMAZINHO, Data de Julgamento: 24/02/2015, 3ª TURMA, Data de Publicação: 03/03/2015).

É fato notório que, em várias situações – especialmente em restaurantes mais luxuosos, o valor percebido a título de gorjetas supera, e muito, a parcela salarial fixa. Na medida em que a empresa não promove a incorporação das gorjetas à remuneração e, dessa forma, recolhe a menor a contribuição previdenciária respectiva, além dos prejuízos aos cofres do INSS, esta conduta acarreta profundo malefício aos empregados, que experimentarão brutal redução dos valores dos seus benefícios. O mesmo ocorre em relação aos depósitos fundiários, pois, da mesma maneira, ao não serem incorporadas as gorjetas na sua base de cálculo, os montantes depositados estarão muito aquém do valor que seria devido, com inegáveis prejuízos aos obreiros e à toda sociedade.

3. Das modalidades de gorjetas

Conforme exposto, considera-se gorjeta não apenas a *importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado*, como também o *valor cobrado pela empresa*, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados, nos termos do art. 457, § 3º, da CLT. Por conseguinte, existem duas modalidades de gorjetas: as espontâneas e as que são cobradas na nota de serviços (que alguns denominam, impropriamente, de compulsórias). A gorjeta espontânea é aquela paga diretamente pelo cliente ao empregado, em regra sem o controle do empregador. Já a segunda modalidade é aquela na qual o valor pertinente se inclui no valor total da nota de serviços e é gerenciada pela empresa.

No caso das empresas que cobram a gorjeta na nota de serviços, estas deverão assumir as seguintes obrigações, conforme disposto no § 6º do art. 457 da CLT:



I- para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II - para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador.

Em relação à gorjeta espontânea, esta terá seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada, também, a retenção, nos cânones máximos estipulados no dispositivo acima transcrito.

Deve-se afirmar, resalte-se, que a cobrança da gorjeta na conta de consumo não vincula o cliente, pois, em relação a estes, ela é sempre facultativa. As convenções e acordos coletivos apenas obrigam os celebrantes. A regulamentação das gorjetas diz respeito tão somente à sua contabilização e incorporação à remuneração dos empregados, não obrigando os consumidores:

CONSTITUCIONAL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ACRÉSCIMO PECUNIÁRIO (GORJETA). PORTARIA Nº 4/94 (SUNAB). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - O pagamento de acréscimo pecuniário (gorjeta), em virtude da prestação de serviço, possui natureza facultativa, a caracterizar a ilegitimidade de sua imposição, por mero ato normativo (Portaria nº 4/94, editada pela extinta SUNAB), e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenientes, não alcançando a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, II) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 6º, IV, e 37, § 1º), por veicular informação incorreta, no sentido de que a referida cobrança estaria legalmente respaldada. II - Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. CONSTITUCIONAL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ACRÉSCIMO PECUNIÁRIO (GORJETA). PORTARIA Nº 4/94 (SUNAB). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - O pagamento de acréscimo pecuniário (gorjeta), em virtude da prestação de serviço, possui natureza facultativa, a caracterizar a ilegitimidade

de sua imposição, por mero ato normativo (Portaria nº 4/94, editada pela extinta SUNAB), e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenientes, não alcançando a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, II) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 6º, IV, e 37, § 1º), por veicular informação incorreta, no sentido de que a referida cobrança estaria legalmente respaldada. II - Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (AC 2001.01.00.037891-8/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 p.95 de 13/10/2008). (TRF-1 - AC: 37891 DF 2001.01.00.037891-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 15/08/2008, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 13/10/2008 e-DJF1 p. 95).

Em princípio, as gorjetas cobradas na nota de consumo não oferecem maiores controvérsias quanto aos critérios de cobrança, administração e rateio dos valores correspondentes. A própria legislação, como visto, se encarregou de apresentar os parâmetros que devem ser adotados pelas empresas para operacionalizar tais procedimentos. Em regra, a gorjeta não é incorporada ao salário: ela é considerada parcela remuneratória e deverá ser destacada no contracheque dos empregados. Os problemas surgem, em geral, nas denominadas gorjetas espontâneas, uma vez que, neste caso, os valores a serem retidos, os critérios de distribuição e anotação na carteira serão definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, o que tem sido efetuado, na maioria das vezes, a partir de tabelas com estimativas de valores nem sempre condizentes com os valores reais auferidos, como se abordará, mais adiante.

Existem ainda duas situações corriqueiras que ensejam muitas polêmicas e que repercutem na esfera judiciária: a) o comportamento do empresário que veda expressamente a cobrança da gorjeta e chega mesmo a punir o empregado que descumpra seus comandos nesse sentido; b) a conduta do empregador que não cobra gorjetas, mas faz vistas grossas ao procedimento dos garçons que reivindicam dos clientes esse pagamento.

Na primeira situação, caso haja proibição expressa e efetivo controle apto a impedir a cobrança das gorjetas por parte dos empregados – em especial os garçons, é de se indagar se a deliberação empresarial seria idônea a impedir o pagamento espontaneamente feito pelos clientes e as repercussões que tal pagamento enseja. Poder-se-ia questionar se tal atitude não contrariaria dispositivo categórico da CLT que contempla a gorjeta como mecanismo remuneratório. É uma questão polêmica, que divide opiniões.⁴ As mudanças ocorridas na legislação poderiam sugerir a possibilidade de proibição da cobrança, haja vista o § 9º do art. 457 da CLT, que se refere à cessação da cobrança de gorjetas de que trata o § 3º do mesmo dispositivo legal, ou seja, envolvendo as duas modalidades de gorjetas. De todo modo, para o empregador, resulta sempre mais adequado e juridicamente seguro inserir o valor da gorjeta nas notas de consumo e assumir a responsabilidade por seu gerenciamento, mesmo porque se beneficiará da possibilidade de retenção de parte dos valores para cobrir os encargos sociais.

⁴ O escopo desse estudo não permite maiores aprofundamentos a respeito.



A segunda ocorrência representa, em suma, uma burla aos imperativos legais: em verdade, o empregador tem consciência de que a gorjeta está sendo cobrada e que ela representa componente relevante no plexo remuneratório do empregado, mas, para evitar o pagamento das repercussões legais advindas da sua cobrança, proclama não a exigir, mas tolera sua reivindicação, conquanto não a inclua na nota. Tem-se notícia de restaurantes que, pasme-se, sugerem aos garçons que estruturem a criação de uma pessoa jurídica distinta, nela figurando como sócios, somente para que possam receber o pagamento de gorjetas via cartão de crédito/débito. São casos raros, mas que, infelizmente, ainda ocorrem em nosso país.⁵

A intenção clara da mudança legislativa foi estimular a cobrança da gorjeta na nota de consumo, assumindo a empresa o gerenciamento dos valores apurados e beneficiando-se das retenções autorizadas em lei. O que se imagina é que esse modelo de gestão se torne a regra no setor, com a redução paulatina da gorjeta espontânea. Isso porque há uma enorme dificuldade de controle das quantias arrecadadas nesta modalidade de pagamento da verba⁶ e, além disso, seria motivo de conflitos incontornáveis o patrão exigir do garçom a entrega dos valores recebidos diretamente a esse título. Como quer que seja, a previsão de estimativa das gorjetas espontâneas acordada em norma coletiva também é arriscada, pois, na maioria das vezes, se estabelecem valores muito abaixo da movimentação real dos valores adimplidos. Em suma, ainda que o empregador alegue ser impossível controlar a entrada desses valores porque eles seriam entregues espontaneamente pelos clientes, e que busque, em norma coletiva, a fixação de uma estimativa de gorjetas, se ficar demonstrado, em juízo, essa discrepância, inevitavelmente será devido o pagamento das diferenças dos reflexos das gorjetas efetivamente pagas.⁷

4. O disciplinamento das gorjetas após a edição da Lei Nº 13.419/2017

Dentre as muitas alterações relevantes que foram introduzidas nos critérios de cobrança e rateio das gorjetas, a mais considerável foi a possibilidade de retenção, por parte do empregador, de parcela do montante arrecadado, a fim de, *especificamente*, custear os encargos sociais, trabalhistas e previdenciários derivados de sua integração à remuneração dos empregados. Com efeito, trata-se de mudança que vai de encontro à jurisprudência dominante nos pretórios trabalhistas. Estes adotavam entendimento diverso, ao sistematicamente invalidarem cláusulas de instrumentos normativos que permitiam a retenção de parte das gorjetas pelos empregadores, seja para cobrir encargos sociais ou mesmo para compor fundo para indenização e ressarcimento de despesas. Igualmente, sempre prevaleceu a tese de que tampouco o sindicato obreiro poderia ser destinatário

⁵ Não são raras as situações em que os garçons apresentam a nota de consumo sem o valor da gorjeta e solicitam aos clientes o pagamento, em espécie, do valor respectivo, o que, em muitos casos, não ocorre, pois os consumidores não costumam portar dinheiro vivo.

⁶ Para não falar da gorjeta espontânea por repetição (“repique”), qual seja, aquela que o consumidor oferece ao profissional após pagar a taxa de serviço,

⁷ Quando os valores estimados a título de pagamento de gorjeta nas normas coletivas agasalham autêntica renúncia parcial do trabalhador, como seria a hipótese, ela não pode prevalecer: ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros, como se verificará.

de parte dessa arrecadação, ainda sob a justificativa de revertê-la em benefício da categoria profissional, como revelam os acórdãos ora colacionados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GORJETA. ACORDO COLETIVO. REPASSE APENAS PARCIAL DO VALOR ARRECADADO. RETENÇÃO INDEVIDA. Ante a aparente violação ao artigo 457 da CLT, nos termos exigidos no artigo 896 da CLT, provê-se o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. GORJETA. ACORDO COLETIVO. REPASSE APENAS PARCIAL DO VALOR ARRECADADO. RETENÇÃO INDEVIDA. O artigo 457 da CLT determina que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ao obreiro ou cobradas pela empresa ao cliente. Logo, a existência de previsão legal, no tocante à matéria, não autoriza margem à negociação coletiva para a supressão de direitos dos trabalhadores. Assim, é inválida a cláusula do acordo coletivo que prevê a retenção pela empresa de 35% dos valores arrecadados a título de gorjetas, conforme consignado na sentença, pois ofende o direito à integralidade dos mencionados valores aos obreiros, nos exatos termos do artigo 457 da CLT. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1401001220085010021, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 29/04/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015).

RECURSO DE REVISTA. 1. TAXA DE SERVIÇO - GORJETA. ACORDOS COLETIVOS. RETENÇÃO. Observa-se, da leitura do art. 457, § 3º, da CLT, que se incluem na remuneração do empregado, além do salário devido, as gorjetas que receber do cliente, espontaneamente, como forma de retribuição pelo serviço que lhe foi prestado, e também aquela decorrente da cobrança da empresa, como adicional nas contas. Tanto os valores recebidos espontaneamente dos clientes, quanto aqueles cobrados como adicional nas contas pertencem aos empregados, razão pela qual não podem sofrer nenhuma retenção a título de indenização e ressarcimento de despesas ou para o sindicato com a finalidade de ampliação de sede própria e assistência social dos filiados-. Nesse contexto, é ilícita essa retenção salarial, mesmo porque, com a retenção de 37% a título de indenização e ressarcimento de despesas-, o empregador estaria transferindo ao empregado os riscos da atividade econômica, em evidente ofensa ao art. 2º da CLT. Ademais, o art. 457 da CLT é claro ao dispor que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ou cobradas pela empresa e não prevê nenhuma outra destinação dessa verba. Assim, com fundamento nos arts. 9º e 457 da CLT, é inválida a cláusula do acordo coletivo que autorizou a retenção, pela reclamada e pelo sindicato, de parte das gorjetas arrecadadas. Portanto, tem o reclamante direito à devolução dos valores que lhe foram retidos, referentes às gorjetas. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. 2. INTERVALO INTRAJORNADA DE UMA HORA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL. Decisão recorrida contrária à Súmula nº 437, I, do TST (antiga OJ nº 307 da SBDI-1 do TST), que dispõe: “I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de,



no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração”. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 337002620095050021, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 29/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/02/2014).

Pois bem, não se pode deixar de considerar que o mais favorecido com as novas disposições normativas é o próprio Estado, pois, a olhos vistos, o viés arrecadatário das modificações estabelecidas é mais do que manifesto. Quanto aos empregados, se de um lado, serão beneficiários da inevitável tendência de incorporação das gorjetas nos seus contracheques (com os reflexos dessa agregação), por outro experimentarão prejuízos ao sofrerem a retenção de parcela razoável desse montante, agora autorizada expressamente em lei. No que se refere aos empregadores, terão de entabular negociações coletivas detalhadas, especialmente quando insistirem em não incluir na nota de consumo o valor das gorjetas, além do cuidado redobrado quanto às imposições dos novos regramentos, sob pena do pagamento das penalidades agora inseridas na CLT.⁸

De todo modo, a lei é expressa no sentido de que o valor da gorjeta pertence *soamente aos empregados* e as retenções autorizadas apenas podem servir para custear os encargos sociais, trabalhistas e previdenciários *derivados de sua integração* à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor dos trabalhadores. Ou seja, os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas são e continuam sendo dos empregadores, todavia, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, estes poderão reter parcela das gorjetas para custeá-los apenas e tão somente *no “quantum” que for acrescido da sua integração à remuneração dos empregados*.

Sepultada, pois, definitivamente, qualquer possibilidade de desconto da verba para outras finalidades, como, por exemplo, despesas operacionais e indenizatórias, despesas com administradoras de cartões de crédito (quando a gorjeta é cobrada na nota de consumo) e repasses para entidades sindicais obreiras, sob qualquer fundamento.

Conforme os dispositivos vigentes, as empresas devem anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o *percentual* percebido a título de gorjeta, bem como a *média dos valores* das gorjetas referente aos últimos doze meses (nas anotações mais gerais da CTPS).⁹ Por outro lado, caso cesse a cobrança da gorjeta, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho, o que, na prática, representa hipótese de remuneração que se incorpora ao salário, assumindo, então, esse atributo.

⁸ Em certa medida, as recentes diretrizes vão premiar os empregadores que já vinham integralizando a gorjeta no valor da remuneração, na medida em que poderão, doravante, legitimamente, reter percentual razoável do valor arrecadado para os fins apontados.

⁹ É uma mudança benéfica para os trabalhadores do setor que, doravante, terão mais facilidade de comprovar a renda e, assim, obter mais acesso ao crédito.

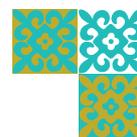
Ademais, na hipótese de violação por parte dos empregadores do disposto em várias previsões da nova regulamentação, estes deverão pagar ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) da média da gorjeta por dia de atraso, *limitada ao piso da categoria*, assegurados em qualquer hipótese o contraditório e a ampla defesa, conforme o §11 do art. 457 da CLT. Outrossim, essa limitação poderá ser triplicada, em casos de reincidência.

Essas multas não se confundem com as penalidades administrativas impostas pela SRTE nem tampouco com as *astreintes* fixadas pelo Ministério Público do Trabalho em seus ajustes ou obtidas em juízo. Elas não de ser revertidas ao trabalhador prejudicado e, na prática, vão compor mais um item nos pleitos das reclamações trabalhistas, pois, certamente, serão os juízes do trabalho os responsáveis por sua aplicação. Não sem motivo, a legislação se refere ao contraditório e a ampla defesa.

Como quer que seja, a previsão dessas multas não afasta a possibilidade do empregador responder por danos materiais e morais quando sua conduta, ao violar preceitos das novas disposições, acarretar danos aos empregados. Nos termos do art. 944 do Código Civil, a indenização se mede pela extensão do dano, conforme aplicação do velho princípio do *restitutio in integrum*, pelo que, se o empregado comprovar, por exemplo, que o empregador promoveu frequentes retenções indevidas do valor da gorjeta, privando-o, assim, de parcela da remuneração e trazendo-lhe insuperáveis dificuldades em honrar suas obrigações mensais relativas às necessidades básicas como alimentação, moradia, higiene, transporte, educação e saúde, além da multa referida - que nesse caso, servirá como patamar mínimo de reparação e independará da prova de prejuízo-, caberá também a reparação por danos morais/materiais, como preconiza a jurisprudência em situações análogas:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATRASO SALARIAL REITERADO. O atraso reiterado de pagamento de salários configura dano moral presumido, tendo em vista que gera estado permanente de apreensão do trabalhador, que se vê incapaz de honrar seus compromissos financeiros bem como de prover suas necessidades básicas. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO DEMONSTRADA. Decisão em consonância com a Súmula 331, V, do TST. Recurso de revista não conhecido. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. Esta Corte já sedimentou o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 4148420145040611, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 03/08/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016).

Ao direito repugna qualquer tentativa de imposição de tarifações quanto aos valores reparatórios dos atos ilícitos, mesmo porque a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais,



ao dispor, em seu artigo 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Esse o entendimento dominante nos pretórios:

1. PREPOSTO. DESCONHECIMENTO DOS FATOS. CONFISSÃO FICTA. Não atendida a previsão do parágrafo 1º do artigo 843 da CLT, qual seja, a de a reclamada fazer-se representar por preposto que tenha conhecimento dos fatos, tem-se por confessa a empresa quanto a matéria de fato. Incensurável, in casu, a *ficta confessio* aplicada pelo D. Juízo de origem. 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ASSÉDIO MORAL. A doutrina e a jurisprudência têm apontado como elementos caracterizadores do assédio moral, a intensidade da violência psicológica, o seu prolongamento no tempo (tanto que episódios esporádicos não o caracterizam) e a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado, com a intenção de marginalizá-lo, pressupondo um comportamento premeditado, que desestabiliza, psicologicamente, a vítima. O direito à reparação do dano nasce a partir do momento em que ocorre a lesão a um bem jurídico extrapatrimonial, como a vida, a honra, a intimidade, imagem etc. No caso em questão restou evidenciada a conduta ilícita da reclamada, eis que comprovada nos autos a utilização de palavras de expressões injuriosas que não se justificam dentro de um ambiente comercial. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PARÂMETROS. Não existe no nosso ordenamento jurídico dispositivo legal fixando parâmetros ou mesmo valores para a indenização por dano moral. *Com o advento da Constituição Federal de 1988 não mais subsiste qualquer regra de tarifação da indenização por dano moral. Este é o entendimento do C.STJ manifestado na Súmula nº 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”* A jurisprudência já sedimentou o entendimento de que a fixação do valor de indenização por dano moral deve ser feita por arbitramento (interpretação analógica do art. 953 do Código Civil), sendo que o órgão julgador deverá valorar aspectos como a gravidade do ilícito civil praticado, a repercussão do fato, a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), a capacidade econômica das partes envolvidas e a duração do contrato de trabalho. Além desses parâmetros, a doutrina e jurisprudência também apontam uma dupla finalidade para o quantum indenizatório: o valor deve proporcionar à vítima alguma compensação e ao mesmo tempo inibir o transgressor da prática de novos atos ilícitos. Acrescente-se, ainda, que na fixação desse valor indenizatório o órgão julgador deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade, a fim de encontrar um valor que não seja ínfimo, nem excessivo para que não se converta em meio de enriquecimento sem causa. (TRT-2 - RO: 00000640920125020034 SP 00000640920125020034 A28, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 12/02/2015, 12ª TURMA, Data de Publicação: 27/02/2015) (grifos nossos).

5. O papel dos entes sindicais na aplicação das novas disposições normativas

Deliberadamente o legislador cometeu à negociação coletiva o fundamental papel de definir o custeio e rateio das importâncias arrecadadas, sendo que, se inexistir previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, tais critérios e os percentuais de retenção previstos na norma serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 da CLT, a ser aplicado subsidiariamente. Portanto, a referida assembleia geral de trabalhadores, para alcançar eficácia, vai depender do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 dos trabalhadores interessados (dos empregados na empresa envolvida), e, em segunda convocação, de 1/3 destes, de forma que, mesmo sem a participação do sindicato de empregados, estes poderão pactuar acordo coletivo diretamente com o empregador. Em todo caso, nessas situações, por aplicação do art. 617 da CLT - de inarredável aplicação na hipótese, somente seria admissível essa negociação direta quando o sindicato, a federação e a confederação, embora convocados a assumirem os entendimentos com a empresa, não atenderem à solicitação. Pensar diferentemente seria desprestigiar as entidades de classe, desinvestindo-as do papel de defensoras dos interesses da categoria.

O descumprimento dessa regra implicará a nulidade do acordo pactuado, com drásticas consequências para os empregadores, especialmente porque serão obrigados a promover o estorno dos valores indevidamente retidos. Além disso, deve-se alertar que existem entendimentos jurisprudenciais no sentido de que, diante dos preceitos constitucionais, em especial o art. 8º, VI, da CF/88, a participação dos sindicatos é sempre obrigatória, não sendo autorizada a negociação coletiva diretamente com os empregados, mesmo em caso de recusa da(s) entidade(s) de classe:

ACORDO COLETIVO. PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA DO SINDICATO. O § 1º do artigo 617 da CLT não restou recepcionado pela Constituição de 1988, cujo art. 8º, VI, obriga a participação do sindicato dos trabalhadores na confecção de acordo ou convenção coletiva. A imperatividade da norma constitucional não autoriza seja recepcionado o dispositivo da CLT que permite a negociação coletiva diretamente com os empregados, em caso de recusa do sindicato de classe. Não há espaço para as duas normas conviverem harmonicamente; uma exclui a outra e nesse caso, por óbvio, prevalece o dispositivo da Constituição Federal. E, ainda que assim não fosse, a prevalecer a tese pela conformidade da previsão contida no § 1º do art. 617 da CLT ao atual texto constitucional, particularmente ao disposto nos arts. 7º, XXVI c/c 8º, VI, ambos da CRFB/88, o 'acordo' entabulado pela empresa ré com a comissão de empregados não poderia, de toda sorte, ser convalidado, porquanto não foram observados os pressupostos específicos de existência e validade, previstos no art. 617, § 1º, da CLT, tal como noticiado nos documentos juntados às fls. 127 e 147. Recurso a que se nega provimento. (TRT-1 - RO: 00383004620095010201 RJ, Data de Julgamento: 01/02/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: 18/02/2016).

ACORDO SOBRE HORÁRIO E CONDIÇÕES DE TRABALHO CELEBRADO DIRETAMENTE ENTRE EMPRESA E EMPREGADOS - AUSÊNCIA



DE PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL - ALCANCE DE SUA VALIDADE. Embora a doutrina seja divergente quanto à sobrevivência dos dispositivos da CLT sobre a organização sindical e negociação coletiva pós Constituição Federal/88, no que toca ao art. 617, parágrafo 1º, da CLT, não há discrepância doutrinária quanto à não recepção do mesmo pela Carta Magna, posto não ser dado às partes celebrarem diretamente acordo “coletivo” sem a participação do sindicato dos empregados (art. 8º, VI, CR/88). Não tendo o sindicato profissional participado da negociação, não se tem por celebrado um legítimo acordo coletivo. Não obstante, as cláusulas benéficas incorporaram-se ao contrato de trabalho, vez que consubstanciam obrigações assumidas livremente pelo empregador frente aos empregados. (TRT-3 - RO: 444803 02141-2002-032-03-00-5, Relator: Julio Bernardo do Carmo, Quarta Turma, Data de Publicação: 17/05/2003, DJMG . Página 16. Boletim: Sim.).

No âmbito do TST, de todo modo, a aplicação do artigo 617 da CLT é admitida com muitas reservas: ela não dispensa a análise minuciosa do caso concreto, a fim de que se verifique a efetiva recusa na negociação coletiva, em tese, a ensejar as etapas seguintes previstas no aludido dispositivo:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA SEM A PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO. RECUSA EM NEGOCIAR NÃO COMPROVADA. SINDICATO PRETERIDO. INVALIDADE DO ACORDO DE JORNADA DE TRABALHO DE DOZE HORAS. O art. 8º, inciso VI, da Constituição Federal, ao declarar a participação obrigatória do sindicato na negociação coletiva de trabalho revela natureza de preceito de observância inafastável. Em verdade, a própria CLT já trazia a exigência de participação do sindicato na celebração de convenção e de acordo coletivo de trabalho, conforme dispõem os arts. 611, caput e § 1º, e 613. Todavia, o art. 617 da CLT, nos moldes em que redigido, não se revela incompatível com a garantia constitucional, pois o ordenamento jurídico conteria lacuna de graves consequências caso não previsse solução para situações em que comprovadamente o sindicato não se desincumbe da nobre função constitucional. A recepção do artigo 617 da CLT, contudo, não dispensa a análise minuciosa do caso concreto, a fim de que se verifique a efetiva recusa na negociação coletiva a ensejar as etapas seguintes previstas no aludido artigo, e, em tese, se conclua pela validade de eventual ajuste direto com os empregados. Precedentes. Se os autos carecem da comprovação de que o sindicato recusou-se a negociar, e, ao contrário, a prova revela uma total preterição do sindicato na negociação coletiva, julga-se improcedente o pedido de declaração de validade de acordo de jornada de trabalho de doze horas celebrado diretamente com os empregados. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TST - RO: 82811720105020000 8281-17.2010.5.02.0000, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 12/08/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013).

Diante da fragilidade de muitos sindicatos obreiros do setor, é de se indagar quais as possibilidades e limites da negociação coletiva, a fim de que os direitos e interesses dos

trabalhadores do referido segmento econômico não sofram retrocessos e aviltamentos, a ponto de colidir com as previsões constitucionais que pairam, soberanamente, acima de qualquer pretensão e movimentos reformistas do legislador ordinário.

Em muitos casos, os garçons não são únicos destinatários finais das gorjetas, na medida em que, parte do seu valor, é destinada aos trabalhadores da cozinha, os cumins e demais auxiliares, segundo usos e costumes dos distintos locais e estabelecimentos. Daí o papel indispensável dos entes sindicais na definição, via instrumento coletivo, de quem serão os beneficiários e quais os critérios de rateio a serem aplicados: a divisão pelo sistema de “caixinha”, de pontos ou outro modelo, de modo que não faz mais sentido a estimativa uniforme das gorjetas, que, antes da modificação legal havida, habitualmente se praticava, especificamente em relação às gorjetas espontâneas, na medida em que as normas coletivas a serem pactuadas haverão de estipular parâmetros capazes de retratar, com a máxima fidelidade possível, o montante real dos valores arrecadados mensalmente (ou com outra periodicidade).

Com efeito, em muitas situações, a “estimativa” fixada - lamentavelmente com a conivência de alguns entes sindicais obreiros-, não guardava correspondência com os valores reais auferidos, o que mereceu, em diversas ocasiões, a reprimenda das cortes trabalhistas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. GORJETAS. INTEGRAÇÃO. NORMA COLETIVA QUE FIXA VALOR MÍNIMO DAS GORJETAS PARA EFEITO DE REPERCUSSÕES. LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de contrariedade à Súmula 354 desta Corte. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. GORJETAS. INTEGRAÇÃO. NORMA COLETIVA QUE FIXA VALOR MÍNIMO DAS GORJETAS PARA EFEITO DE REPERCUSSÕES. LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Embora o art. 8º da Constituição Federal de 1988 tenha assegurado aos trabalhadores e empregadores ampla liberdade sindical, com reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI), as normas que possibilitam essa flexibilização não autorizam a negociação para fixar uma tabela mínima a título de estimativa do valor da gorjeta para as repercussões legais, principalmente quando muito divorciada da realidade (caso dos autos). É que falece à negociação coletiva poderes para restringir ou eliminar direitos fixados por lei, salvo autorização inequívoca desta. Ora, o art. 457 da CLT dispõe que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ao empregado ou cobradas pela empresa ao cliente. Assim, a existência de previsão legal sobre a matéria não abre margem à negociação coletiva para a supressão de direitos do trabalhador. *Desse modo, é inválida a cláusula do acordo coletivo que fixa uma tabela mínima a título de estimativa do valor da gorjeta para as repercussões legais - sem correspondência com os reais valores auferidos -, pois viola o direito à integridade de tais valores aos empregados, nos exatos termos do art. 457 da CLT.* Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1164004420075020011, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 23/04/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/04/2014). (grifamos).



Segundo as lições de Maurício Godinho Delgado, a validade e eficácia jurídica de tais normas coletivas estão jungidas a limites claros e objetivos, conforme determinações constitucionais inultrapassáveis e, além disso,

(...) ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas. (Delgado, 2017, p. 1.596). (grifamos).

Por isso, inadmissíveis previsões em cláusulas coletivas que pretendam alterar, por exemplo, a natureza jurídica das gorjetas, convertendo-as em verbas indenizatórias, excluindo sua integração às férias, 13º salário e FGTS, como apontam precedentes jurisprudenciais:

RECURSO DE REVISTA - GORJETAS - PAGAMENTO ESPONTÂNEO - ALTERAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICA MEDIANTE NORMA COLETIVA. Não têm validade as cláusulas coletivas que alteram a natureza jurídica das gorjetas de pagamento espontâneo, convertendo-as em verbas indenizatórias, excluindo sua integração às férias, 13º salário e FGTS. Isso, diante existência de norma cogente (art. 457, caput e § 3º, da CLT) no sentido de que as gorjetas, inclusive aquelas espontaneamente pagas pelos clientes aos empregados, integram a remuneração do trabalhador. SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA O acórdão recorrido está conforme a Súmula nº 357 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA 1. No tocante à assistência judiciária gratuita, o acórdão recorrido está em conformidade com a Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1. 2. Quanto aos honorários advocatícios, o Eg. Tribunal de origem contrariou a Súmula nº 219 do TST. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (TST - RR: 13324020105070031 1332-40.2010.5.07.0031, Relator: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 14/08/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013).

Sem dúvida, há um consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o poder conferido aos sindicatos para celebrar novas normas e condições de trabalho apenas se legitima quando capaz de ampliar o espectro de proteção já consagrado pelo direito em vigor, pois, à exceção dos preceitos que contemplam regras de flexibilização previstas na esfera constitucional (art. 7º, VI, XIII e XIV), não existe amparo legal para que se introduzam disposições que possam ensejar o rebaixamento dos padrões já inscritos na legislação vigente. Melhor dizendo, o princípio da proteção impõe limites objetivos ao poder negocial coletivo, os quais estão concretizados nos parâmetros mínimos legalmente fixados, de tal maneira que inafastável, como requisito para a validade do instrumento negocial coletivo, a necessidade de contrapartida proporcional aos trabalhadores afetados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REDUÇÃO SALARIAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. CONTRAPRESTAÇÃO EM FAVOR DO EMPREGADO. AUSÊNCIA. INVALIDADE. 1. A iterativa, notória e atual jurisprudência do TST posiciona-se no sentido de que a flexibilização das condições de labor realizada mediante norma coletiva, no que diz respeito à redução salarial, exige uma contraprestação em benefício do empregado. 2. Caso inexistir a concessão de qualquer vantagem, caracteriza-se verdadeira renúncia de direito indisponível assegurado pela Constituição Federal (art. 7º, VI), o que resulta na invalidade da norma coletiva. Precedentes. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento (AIRR-607-44.2011.5.01.0076 Data de Julgamento: 19/08/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015).

RECURSO DE REVISTA. REDUÇÃO SALARIAL. NORMA COLETIVA INVÁLIDA POR SE CARACTERIZAR COMO MERA RENÚNCIA. O acordo e a convenção coletiva de trabalho, reconhecidos expressamente pela CF como fontes formais do Direito do Trabalho, não se prestam a validar, a pretexto de flexibilização, a supressão ou a diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. Com efeito, a flexibilização das condições de trabalho apenas pode ter lugar em matéria de salário e de jornada de labor, desde que isso importe uma contrapartida em favor da categoria profissional. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional considerou inválida a cláusula do acordo coletivo de trabalho que previa a redução salarial sem qualquer contrapartida. Incólumes, portanto, os dispositivos invocados. Precedentes desta Corte. Recurso de revista não conhecido (RR-71-16.2011.5.01.0017 Data de Julgamento: 26/03/2014, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/03/2014).

Em relação aos preceitos da nova regulamentação, conforme abordado anteriormente, caso cesse a cobrança da gorjeta, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho. No particular e à luz das ponderações lançadas, seria absolutamente inadmissível e nula de pleno direito, cláusula negocial que pretendesse suprimir/reduzir essa incorporação ou aumentar o prazo mínimo de carência previsto legalmente. Quando muito, a norma coletiva poderá adotar critério mais favorável ao estabelecido no preceito legal, a ser apurado em cada situação concreta.

O legislador fixou, além disso, regramento adequado e de grande relevo prático: para empresas com mais de sessenta empregados, o dever de constituir comissão de empregados, mediante determinação em convenção ou acordo coletivo de trabalho, a fim de acompanhar e fiscalizar a regularidade da cobrança e distribuição das gorjetas. Esses representantes têm de ser eleitos em assembleia geral convocada para tal mister pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para as quais foram escolhidos. Quanto às demais empresas, determinou-se que será constituída comissão intersindical para a mesma finalidade.



Vê-se, pois, que foi criada uma nova hipótese de “estabilidade provisória”, qual seja, a dos membros da comissão de acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta. Como a lei se refere à necessidade de eleição dos representantes obreiros por parte de assembleia geral dos trabalhadores, é evidente que todos os eleitos gozarão da garantia de emprego, a inviabilizar a ruptura contratual arbitrária por parte do empregador. Ao mencionar que se tratará de comissão de representantes eleitos, compreende-se que deverá contar com, no mínimo, dois membros, os quais gozarão da referida estabilidade, cujos contornos não de ser estabelecidos na norma coletiva. Esta vai definir o período de estabilidade (com desejável previsão de que seja fixada desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato) e o número dos seus integrantes, bem como os critérios de escolha dos membros.

Aliás, a esse propósito, existem dificuldades práticas que deverão ser enfrentadas pelas normas coletivas, como os casos de redes de restaurantes e hotéis com unidades em vários municípios ou mesmo distintas unidades da federação, o que vai exigir o devido cuidado e atenção quanto ao funcionamento da referida comissão em situações dessa natureza, para que não se transforme em um órgão somente para “inglês ver”, desprovido de qualquer utilidade concreta e efetividade.

Decerto, no plano ideal, seria mister a definição precisa, na norma coletiva, dos poderes e atributos dessa comissão de acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, com expressa indicação de quais providências deve adotar caso apure eventuais ilicitudes, com previsão, ainda, da possibilidade de exame da contabilidade da empresa por profissional habilitado e credenciado pela entidade,¹⁰ mesmo porque são práticas habituais de qualquer entidade fiscalizatória digna desse nome.

Em relação à comissão intersindical prevista para empresas com menos de sessenta empregados, a ser constituída igualmente para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, o legislador foi demasiado lacônico ao estatuir seu figurino.¹¹ Como quer que seja, contará com representantes dos sindicatos obreiros e patronais, sendo que, no caso dos primeiros, por certo deverão gozar também da estabilidade no emprego: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Se para empresas de maior porte o membro da comissão goza de estabilidade - conferida, não como vantagem pessoal do escolhido, mas como atributo do comissionamento, que lhe permitirá exercer com independência e desenvoltura seu mister fiscalizatório-, por maiores razões o membro da comissão intersindical fará jus a essa garantia.¹²

No atual quadro sindical brasileiro, é bem provável que a lei demore alcançar efetividade nos pontos acima delineados e, como a experiência tem revelado, há o risco de celebração de normas coletivas que ultrapassem os limites na normatividade constitucional, o que vai exigir redobrado esforço de órgãos estatais de controle e, em especial, do Ministério Público do Trabalho que, diuturnamente, tem lançado mão de ações anulatórias

¹⁰ Quando se trata das gorjetas cujos valores sejam gerenciados pelo empregador.

¹¹ Uma providência salutar seria a criação de um DISK-DENÚNCIA por parte dos sindicatos profissionais, para receber reclamações contra empresas que porventura não repassem o valor das gorjetas ou o façam irregularmente.

¹² Como existe em relação aos representantes dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia.

de cláusulas convencionais e ações civis públicas também com tal desiderato, quando estas violam os direitos coletivos ou os direitos indisponíveis dos trabalhadores.

6. A atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região: o projeto “Gorjeta Legal” e o projeto “Gorjeta e Condenações Judiciais”.

Em meados de 2012, a Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região (Ba) recebeu expediente da Receita Federal do Brasil dando conta que boa parte dos maiores restaurantes de Salvador (considerando o faturamento respectivo), havia sido autuada pela conduta de não incorporar o valor da gorjeta na folha de pagamento e, por consequência, deixar de adimplir a contribuição previdenciária na sua integralidade. À ocasião, à luz dessa notícia de fato, o colegiado da regional aprovou o projeto “Gorjeta Legal” e esta unidade do Ministério Público do Trabalho instaurou, de ofício, dezenas de inquéritos civis para investigar as referidas empresas, mesmo porque, restou evidenciado que, se não integravam os valores referidos à remuneração para fins previdenciários, tampouco promoviam os depósitos fundiários e respeitavam os devidos reflexos da verba aludida, nos termos da súmula nº 354 do TST.

Em dois anos de duração, no bojo do aludido projeto foram celebrados vários termos de ajuste de conduta e propostas várias ações civis públicas, a maiorias das quais com pedidos julgados procedentes.

Logo em 2014, com o intuito de expandir essa atuação, a Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região aprovou um novo projeto: “Gorjeta e condenações judiciais”, dessa feita a partir da identificação das empresas que haviam sido condenadas em juízo pela conduta de não integrar as gorjetas na folha de pagamento e recibos para fins de adimplemento de reflexos em 13º salário, férias com 1/3 e FGTS.

Ainda em andamento, no âmbito desse projeto foram, da mesma forma, instaurados diversos procedimentos investigativos, celebrados ajustes de conduta e ajuizadas ações coletivas para integração das gorjetas nas mencionadas rubricas. Além de outros pleitos e de condenação em danos morais coletivos, as ações coletivas mencionadas pleiteavam as seguintes obrigações a serem impostas as Rés: a) Incluir, mensalmente, o valor integral das gorjetas nos recibos de pagamento dos trabalhadores que recebem essa verba; b) Adimplir aos trabalhadores que recebem gorjetas, os reflexos destas em 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3 e c) Promover, mensalmente, os recolhimentos fundiários sobre o valor integral das gorjetas e sobre os reflexos nos 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3, assim como recolher as contribuições previdenciárias sobre o valor das gorjetas, incluindo-as na GFIP mensal enviada ao INSS.

Agora, diante das mudanças empreendidas pela Lei nº 13.419/2017, esta unidade do Ministério Público do Trabalho, já adequou suas minutas de Termos de Ajuste de Conduta, para estabelecer as seguintes cláusulas a serem cumpridas pelas empresas compromissárias:



1.1 Incluir, mensalmente, o valor integral das gorjetas nos recibos de pagamento dos trabalhadores que recebem essa verba;

Parágrafo único- Nas hipóteses em que não exista controle da compromissária sobre os valores arrecadados, devem ser atendidos os critérios estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, em assembleia geral dos trabalhadores.

1.2 Utilizar critérios objetivos para o rateio e a distribuição do montante das gorjetas, conforme definido em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, em assembleia geral dos trabalhadores.

1.3 Abster-se de promover retenções sobre os valores das gorjetas, salvo percentual para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas, derivados da sua integração à remuneração dos empregados, desconto este condicionado ao atendimento concomitante aos seguintes requisitos:

I - Haver previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, ter sido aprovado em assembleia geral dos trabalhadores;

II – Ser limitado a:

a) 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado;

b) 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado;

III – Ter sido constituída comissão para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, na forma do § 10, do art. 457, da CLT.

1.1 Adimplir aos trabalhadores que recebem gorjetas, os reflexos destas em 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3 e promover, mensalmente, os recolhimentos para o FGTS e previdenciários sobre o valor integral das gorjetas e sobre os reflexos nos 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3.

1.2 Comprovar o cumprimento do presente termo, sempre que assim requisitado pelo Ministério Público do Trabalho, no prazo que for assinalado pelo oficiante.

Com efeito os dois projetos foram e estão sendo muito importantes no combate à fraude consistente da não integração da gorjeta à folha de salários e tem permitido ao Ministério Público do Trabalho desenvolver uma atuação uniforme e articulada, alcançando boa parte do segmento econômico aludido, com manifestos ganhos para a sociedade e todos os atores concernidos.

Paralelo a essas iniciativas, os procuradores do trabalho envolvidos nos projetos referidos promoveram e continuam promovendo reuniões com entes sindicais, obreiros e patronais, além de outras entidades, como a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes-

ABRASEL, para debater as novas regras de regulamentação das gorjetas, mesmo porque os instrumentos de negociação coletiva ganharam enorme relevância e, enquanto tais, hão de estar em conformidade com o estuário constitucional e normativo vigentes.

7. Considerações Finais

Para centenas e milhares de profissionais que labutam em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares, a percepção das gorjetas representa a parte mais expressiva da remuneração que auferem. Por tal razão, é fundamental avançar na compreensão do alcance e limites que as mudanças legislativas vão promover nas vidas desse enorme contingente de trabalhadores. Com efeito, as alterações promovidas na CLT pela Lei nº 13.419/2017 demandam uma exegese que preserve o que há de mais expressivo na legislação trabalhista e que se constitui na sua principal razão de ser: o princípio da proteção ao trabalhador.

A CLT é a única regulação geral que sobreviveu a era Vargas e, ao longo de décadas, se incorporou ao imaginário do povo brasileiro, como uma conquista das classes trabalhadoras, de tal modo que a própria formação da classe operária no Brasil não pode ser compreendida sem se considerar a intervenção estatal nas relações de trabalho. Ademais, longe de ser uma outorga das classes dirigentes, como propugnavam os ideólogos do Estado Novo, sua aprovação foi a resultante de dois vetores: a iniciativa de um estado nacional fraco que buscava uma base social de apoio e a pressão exercida pelo movimento operário dos anos 30, que se formou na esteira do processo de industrialização então em curso naquele período histórico (French, 2001).

O grande dilema e risco na reconstrução das relações capital e trabalho em nosso país é que muitas das propostas apresentadas e normas modificadoras da legislação vigente pretendem, em linhas gerais, transferir para os ombros do trabalhador o custo dos ajustes estruturais na economia globalizada. Por isso a indispensável cautela que o intérprete e aplicador do direito deve se investir ao apreciá-las e efetivá-las: espera-se que o faça com olhos postos nos valores insculpidos na Constituição da República.

8. Referências

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FRENCH, John D. **Afogados em leis. A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Marques Neto, Agostinho Ramalho et all. Curitiba: Edibej, 1996.



MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **As gorjetas no direito brasileiro do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A gorjeta**. Ed. fac-similar. São Paulo: LTr, 1994.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista

Rebeca Luise Bensabath Dantas de Assis¹

Resumo: O presente artigo visa expor a valorização do negociado sobre o legislado, diante a inserção do artigo 611-A da CLT, assim como busca perquirir os reflexos dessa modificação legislativa, no que concerne aos efeitos nos direitos dos trabalhadores, sobretudo diante do princípio da vedação ao retrocesso social.

Palavras - chaves: Reforma Trabalhista. Valorização do negociado. Princípio da vedação ao retrocesso social.

1. Introdução

Comumente, em momentos de recessão econômica e incremento dos índices de desemprego, tal como visto em *terrae brasilis* nos últimos anos, exsurge uma corrente de defensores da tese da premente necessidade de reforma estrutural da legislação trabalhista, os quais preconizam que a rigidez das normas trabalhistas consubstancia verdadeiro obstáculo a competitividade das empresas frente ao mercado, assim como ao crescimento econômico do país.

O discurso balizador daqueles que defendem uma mudança substancial da normatização trabalhista, normalmente, perpassa acerca da noção de que essa mudança traria consigo efeitos benéficos aos trabalhadores, tais como o aumento da empregabilidade, o acréscimo de renda e a formalização daqueles empregados que trabalham na informalidade.

Em meados de 2017, o Congresso Nacional Brasileiro movido pela pressão dos setores empresariais, aproveitaram-se do discurso demagógico de rigidez das leis trabalhistas e da necessidade de adequação das leis à evolução social do mundo pós-moderno, para aprovar uma série de alterações no texto da Consolidação das Leis Trabalhistas, que impactam significativamente os direitos sociais conquistados ao longo de séculos pelos trabalhadores.

Dentre as alterações realizadas com o advento da Lei nº 13.467/2017 – a denominada Reforma Trabalhista aprovada pelo Congresso Nacional – tem-se a inserção do artigo 611-Ana Consolidação das Leis Trabalhistas, que estabeleceu a supremacia das cláusulas de Convenção Coletiva e Acordo Coletivo de Trabalho sobre as disposições das leis, privilegiando o direito negociado em detrimento do legislado.

É através dessa perspectiva de prevalência do negociado sobre o legislado, que o presente artigo busca perquirir os reflexos dessa alteração legislativa, no que concerne aos efeitos nos direitos dos trabalhadores, sobretudo diante do princípio da vedação ao re-

¹ Advogada Trabalhista e previdenciária. Especialista em Direito e Prática Previdenciária pela Faculdade Baiana de Direito. Formada pela Universidade de Salvador. Ex-bolsista pesquisadora do Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento Científico (CNPQ). Autora de artigos jurídicos. E-mail para contato: rebecabensabathadv@gmail.com



processo social, visando também à reflexão de quem são os verdadeiros beneficiados com a ascendência prevalente do modelo negociado.

Contudo, antes de explanar o teor da inserção legislativa disposta no artigo 611-A da CLT que positiva a supremacia do negociado, imprescindível se faz analisar como o binômio negociado-legislado se apresentava no ordenamento jurídico trabalhista e, a partir daí, esclarecer as modificações decorrentes dessa prevalência do direito negociado.

Dessa forma, em um primeiro momento, é exposto o teor da inserção legislativa disposta no artigo 611-A da CLT, após, há a averiguação dos efeitos práticos decorrentes dessa inclusão normativa a conseqüente elucidação dos pontos positivos e negativos, em cotejo com o princípio da vedação ao retrocesso social e, por fim, propõe-se uma incursão reflexiva acerca dos reais interesses e beneficiários da retro mencionada inovação legislativa.

2. O Modelo negociado antes do advento da Lei nº 13.467/2017

Ab initio, há que se destacar que a prevalência da negociação coletiva sobre o legislado já era encontrada no ordenamento jurídico brasileiro, não se tratando de um fenômeno recente. Em verdade, essa possibilidade sempre foi permitida no sentido de beneficiar o trabalhador, por meio da concessão de direitos e vantagens não previstos na lei ou robustecendo o patamar mínimo nela estabelecido.

O artigo 7º da Constituição Federal dispõe e elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o que consagra o que a doutrina denomina de princípio da vedação do retrocesso social.

Segundo este princípio, a inovação legislativa ou normativa somente deve ocorrer para beneficiar os trabalhadores, o que no sentir de Carlos Henrique Bezerra Leite² implica dizer que houve um processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, em função do que se pode afirmar que, em linha de princípio, qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores importa em violação ao artigo 7º da Constituição Federal.

Não é por outra razão que Carlos Henrique Bezerra Leite³ adverte que o legislador constituinte apenas permitiu, excepcionalmente, a flexibilização *in pejus*, mediante acordo ou convenção coletiva, em duas hipóteses bem definidas: salário e jornada.

Nesse ponto, destaca Sérgio Pinto Martins⁴ que já prevalece o negociado sobre o legislado nos casos previstos nos incisos VI (redução de salários por convenção ou acordo coletivo), XIII (redução e compensação de jornada por convenção ou acordo coletivo),

² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329, p.10. Nov.2016.

³ *Ibid.*, p.11.

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. A reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329, p.10. Nov.2016.

XIV (aumento da jornada em turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas) e XXVI (reconhecimento das convenções e acordos coletivos pelo Estado Brasileiro) do artigo 7º da Constituição.

No âmbito dos tribunais esse tema vinha sendo tratado com certa discrepância de posicionamento, sobretudo no que diz respeito às posições divergentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

Com efeito, o Tribunal Superior do Trabalho em diversos julgados sinalizou hipóteses em que é admitida a flexibilização nos acordos ou convenções coletivas, desde que incluídas contrapartidas explícitas e compensatórias quanto ao direito negociado.

Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho assume uma postura negativa à possibilidade da supressão de direitos através de negociação coletiva, por entender que se trata de falsa concessão de vantagens camuflada na pura e simples retirada de um direito assegurado em dispositivo legal.

Ilse Lora⁵ relata que um dos fundamentos elencados pelo TST para recusar a validade ao acordo coletivo é que o princípio do reconhecimento dos acordos e convenções coletivos de trabalho, previsto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, circunscreve-se às situações em que o conteúdo das normas pactuadas não se mostra contrário a preceitos legais de caráter cogente.

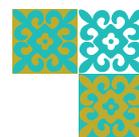
Dessa forma, partindo-se da análise de julgados acerca dessa temática, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho, em sua maioria, entende pela não prevalência do negociado sobre o legislado, baseando-se, principalmente, no fundamento de que a negociação coletiva apenas deve prevalecer quando ampliadora dos direitos e vantagens já existentes, e não para reduzir ou restringir os patamares mínimos conquistados.

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo após o julgamento do RE 590.415/SC e do RE 895.759/PE, é cristalino que a Suprema Corte possui posicionamento divergente do Tribunal Superior do Trabalho, podendo-se afirmar que há um forte entendimento pela prevalência do negociado sobre o legislado.

Nesse diapasão, na ocasião do julgamento do RE 590.415/SC, em acórdão da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, a Egrégia Corte entendeu que a transação extrajudicial que implica rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do trabalhador a plano de dispensa incentivada determina a quitação ampla e incondicional de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego, nas situações em que esta condição tenha constado expressamente no acordo coletivo de trabalho que instituiu o plano e demais instrumentos firmados com o empregado.

Nas razões de decidir, o STF ressaltou que a condição de inferioridade do empregado, usualmente visualizada nas relações individuais, não se faz presente no âmbito das relações coletivas, pelo que vigora no direito coletivo o princípio da equivalência

⁵ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. . **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.24. Nov.2016



dos contratantes coletivos, o que determina tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos – empregador e categoria de empregados.

No julgamento do RE 590.415/SC, como bem narra Ilse Lora⁶, a Corte Constitucional invoca também o princípio da lealdade da negociação coletiva, da adequação setorial negociada, a par da relevância dos planos de demissão incentivada para a mitigação dos danos gerados pelas demissões em massa, especialmente quanto à categoria dos bancários.

De forma similar, no julgamento do RE 895.759/PE, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, entendeu que o ajuste firmado em acordo coletivo de trabalho pela empresa e o sindicato que representa os trabalhadores deve prevalecer sobre regra da Consolidação das Leis Trabalhistas, reformando a decisão do TST em sentido contrário.

Neste caso, a Corte Constitucional afirmou que a decisão do TST não guardou compatibilidade com a *ratio* adotada no RE 590.415/SC, no qual o STF conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho, e ressaltou, ainda, que o afastamento de direito assegurado aos trabalhadores pela CLT foi acompanhado da concessão de vantagens compensatórias, destacando que o acordo coletivo de trabalho firmado não extrapolou os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.

Por fim, como bem salientado por Ilse Lora⁷, as decisões do STF, no âmbito do julgamento do RE 590.415/SC e do RE 895.759/PE, além de alterar o posicionamento do TST, terminou por estimular os ávidos defensores da prevalência dos acordos coletivos e produzir o combustível necessário para a aprovação dessa matéria na reforma trabalhista.

3. O Artigo 611-A da CLT: disposições e críticas

A Lei nº 13.467/2017 incluiu nova disposição na Consolidação das Leis Trabalhistas, o artigo 611 –A8, que estipula a prevalência das condições ajustadas mediante convenção

⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.23. Nov.2016

⁷ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.25. Nov.2016

⁸ Art. 611-A CLT: "A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulação empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

ou acordo coletivo de trabalho, exemplificando em quinze incisos as matérias cuja disposição em negociação coletiva gozarão de supremacia em face da lei.

Como já dito anteriormente, em que pese a prevalência do negociado já existisse no ordenamento jurídico brasileiro, essa posição de prevalência era vislumbrada uma vez estabelecidos patamares superiores ao direito mínimo estabelecido em lei, o que se tornava situação extremamente vantajosa para o trabalhador.

Todavia, a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis Trabalhistas, veio justamente no sentido oposto, uma vez que a partir da redação desse dispositivo fica também permitida a redução de direitos e benefícios assegurados em diploma legal, de maneira que a convenção e os acordos coletivos perdem seu papel de fonte complementar do Direito do Trabalho para assumir um papel de regulador de interesses e objetivos econômicos.

Nesse aspecto, as disposições que tratem de jornada de trabalho, inclusive a modalidade de registro de jornada e a prorrogação de jornada em atividade insalubre, do banco de horas; do intervalo intrajornada, do teletrabalho, do regime de sobreaviso e trabalho intermitente; da remuneração por produtividade; da troca do dia de feriado; do enquadramento do grau de insalubridade; prêmios de incentivo em bens ou serviços; participação nos lucros ou resultados da empresa, assim como as demais elencadas nos incisos do artigo 611-A da CLT, prevalecerão sobre a lei.

Vólia Bonfim Cassar⁹ é precisa quando relata que o caput do artigo 611-A veicula a expressão “entre outros”, o que evidencia o caráter genérico e meramente exemplificativo

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

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

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

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

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

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

⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716>>. Acesso em: 29/08/2017.



das hipóteses de flexibilização consignadas na referida norma, sobretudo a partir da leitura conjunta dos artigos **611-A** e **611-B** da CLT.

Com efeito, observa-se que o artigo 611-B¹⁰ traz hipóteses, em rol taxativo, em que não é permitida a supressão ou a redução de direitos por via de negociação coletiva, o que implica dizer que se um artigo dispõe taxativamente os direitos que não poderão ser objeto de flexibilização, todos os remanescentes poderão ser negociados, ainda que não constantes no rol do artigo 611- A da CLT.

Neste íterim cabe mencionar, que ao revés do que ficou estabelecido nos artigos retro mencionados, a possibilidade de redução ou supressão de direitos por norma coleti-

¹⁰ Art. 611-B, CLT: "Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

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

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

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

IV - salário mínimo;

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

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

VIII - salário-família;

IX - repouso semanal remunerado;

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

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

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

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo."

va deveria ter sido consignado em rol restritivo, assegurando, assim, de forma mais ampla a proteção dos direitos mínimos já conquistados pelos trabalhadores e infensos, por via de consequência, a flexibilização *in pejus* mediante convenção ou acordo coletivo.

Com efeito, uma leitura do artigo 611-A da CLT e de seus incisos revela que a *mens legislatoris* cumpriu o papel que lhe cabia, já que resta perceptível o efetivo prejuízo aos direitos dos trabalhadores, assim como os congressistas e grandes empresários ambicionavam.

Verifica-se, por exemplo, que os incisos XII e XIII do artigo 611-A da CLT, permite o enquadramento dos percentuais do adicional de insalubridade, com nítida pretensão de reduzi-los e, respectivamente, permitir a prorrogação da jornada em atividade insalubre sem a prévia autorização da autoridade competente, muito embora, a insalubridade e seus graus sejam direitos relacionados à medicina e segurança do trabalho, portanto, defeso à negociação coletiva, os termos do 611-B da CLT.

Dessa maneira, como bem salienta Vólia Bonfim Cassar¹¹, esses incisos não presigiam o a saúde do trabalhador, pois o trabalho insalubre pode se intensificar conforme o tempo de exposição do trabalhador ao agente agressivo, daí a necessidade de um *expert* em matéria de higiene e segurança do trabalho para informar se a exposição por mais de horas pode agravar a nocividade prevista nas Normas Regulamentares ou até mesmo abalar a saúde do trabalhador.

Vólia Bonfim Cassar¹² alerta também que o inciso V do artigo 611-A autoriza que o plano de cargos e salários identifique as atribuições que se enquadram na função de confiança, visando, assim, excluir tais trabalhadores do Capítulo “Da Duração do Trabalho”, fazendo incidir a hipótese do artigo 62, II da CLT.

Nesse aspecto, a partir da leitura do mencionado inciso, é perceptível que o objetivo escuso da norma é excluir trabalhadores de horas extras, intervalos e hora e adicional noturno, o que, inequivocamente, só beneficia os empresários e suprime os direitos dos trabalhadores.

De igual forma, o inciso VIII do artigo 611-A propõe que a norma coletiva verse sobre teletrabalho, sobreaviso e trabalho intermitente com a clara intenção de excluir tais trabalhadores dos direitos contidos no Capítulo “Da Duração do Trabalho”, afastando, assim, horas extras, intervalos e hora e adicional noturno desses trabalhadores.

Também nesse sentido, verifica-se o inciso IX do artigo 611-A objetiva afastar a natureza salarial das parcelas pagas por produtividade e incentivo, impedindo sua integração ao salário e sonogando, por conseguinte, tais valores da base de cálculo do FGTS, INSS, férias e 13º salário.

¹¹ CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716>>. Acesso em: 29/08/2017.

¹² *Ibid.*, loc.cit.



O dispositivo 611-A da CLT destaca também que no exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Dessa forma, ressalta Vólia Bonfim Cassar¹³, que a teor do disposto na lei, acaso haja demasiada redução ou mesmo supressão de direitos nas normas coletivas pactuadas entre empregados e empregadores, a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade, já que não caracteriza um vício do negócio jurídico.

Por outro lado, prevê o § 3º do mencionado dispositivo legal que caso seja pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

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

Por derradeiro, o § 5º impõe que os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho devam participar como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

4. O Artigo 611- A da CLT e o princípio da vedação do retrocesso social

Como é cediço os direitos sociais se encontram previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que foi a primeira constituição a estabelecer, na história do constitucionalismo brasileiro, um título específico para os direitos e garantias fundamentais, além de prever especificamente extenso rol de direitos dos trabalhadores.

Ilse Lora¹⁴ vaticina que os direitos dos trabalhadores elencados no diploma constitucional compõem um complexo de garantias que materializam o direito geral ao trabalho e à proteção de quem trabalha, “especialmente no sentido de imposição dos deveres de promoção e proteção do trabalho e dos trabalhadores, além de uma série de garantias específicas.”¹⁵

¹³ CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716>>. Acesso em: 29/08/2017.

¹⁴ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. . **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.27. Nov.2016.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 2 ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.557.

Geraldo Melo¹⁶ destaca que fortalece o entendimento de que Constituição da República elevou os direitos laborais ao *status* de garantia fundamental o fato de esses estarem presentes no Capítulo II - Dos Direitos Sociais, do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 6º, bem como no Capítulo I - dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, do Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, em seu art. 170, o qual estabelece que a ordem econômica estará fundada na valorização do trabalho humano

No âmbito da temática dos direitos fundamentais, ganha destaque o princípio da vedação ao retrocesso, que se trata de uma garantia constitucional implícita, “tendo a sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria.”¹⁷.

Esse princípio traz a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, isto é, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

Como bem salientado por Geraldo Melo¹⁸, calha acrescentar que os direitos sociais possuem a característica da progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana, mas a sobredita alteração apenas pode vir a ocorrer desde que implique acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem perda da concretude para o cidadão.

Verifica-se que no caput do art. 7º da Constituição da República há a disposição de uma gama de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de haver consagração expressa que também se constituem direitos dos trabalhadores, outros que visem à melhoria de sua condição social.

Posto isso, diante da norma mencionada, denota-se que a CFRB/88 fixa uma gama de direitos sociais dos trabalhadores e, ainda, firma posição ao mencionar “além de outros” de que outras normas que porventura advierem devem trazer ao trabalhador uma condição social melhor do que a anteriormente alcançada no mundo fenomênico.

Diante dessas considerações, é notável que a inserção legislativa consubstanciada no novo artigo 611- A da CLT, introduzida pela lei nº 13.4/2017, constitui verdadeira afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social, por permitir que por meio de acordos ou convenções coletivas, direitos previstos em lei e que asseguram patamares mínimos e dignos de proteção aos trabalhadores possam ser reduzidos.

Como já relatado anteriormente, em que pese a prevalência do negociado já existisse no ordenamento jurídico brasileiro, essa posição de prevalência era vislumbrada uma

¹⁶ MELO, Gerado Magela. A Vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.52, n.82, p.66, jul./dez.2010

¹⁷ Ibid., p.67.

¹⁸ MELO, Gerado Magela. A Vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.52, n.82, p.66, jul./dez.2010



vez estabelecidos patamares superiores ao direito mínimo estabelecido em lei, o que se tornava situação proveitosa para o trabalhador.

Todavia, a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis Trabalhistas, veio justamente no sentido oposto, uma vez que a partir da redação desse dispositivo fica permitida a redução de direitos e benefícios assegurados em diploma legal, dispostos em quinze incisos, consagrando verdadeiro prejuízo a classe trabalhadora, sobretudo porque as matérias cuidadosamente escolhidas para figurar nesse artigo implicam em redução do pagamento das horas extras, adicional de insalubridade, adicional noturno e afastamento do reconhecimento da natureza salarial de algumas verbas.

Ademais, ao contrário do que propugna o princípio da vedação ao retrocesso, no sentido de que as alterações aos direitos sociais apenas podem ocorrer desde que impliquem acréscimo à sua carga de fruição, a redação do artigo 611-A da CLT dispõe exatamente o oposto, já que aponta que acaso haja demasiada redução ou mesmo supressão de direitos nas normas coletivas pactuadas entre empregados e empregadores, a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade, uma vez que não caracteriza um vício do negócio jurídico.

Dessa forma, as disposições constantes no artigo 611-A da CLT se revelam como afrontosas ao princípio da vedação ao retrocesso social, posto que a inovação legislativa somente deveria ocorrer para beneficiar os trabalhadores, haja vista que tendo havido o processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores importa em violação ao artigo 7º da Constituição Federal.

5. Conclusão

A prevalência do negociado sobre o legislado, conforme disposta no texto dos artigos 611 – A e 611-B da CLT, evidencia o propósito escancarado de reduzir direitos da classe obreira, sem qualquer tipo de salvaguarda que permita aos trabalhadores resistirem contra as investidas dos empregadores. Em verdade, verifica-se real contrariedade aos objetivos fundamentais do Estado e promove o retrocesso social, e constitui, a rigor, um desprestígio à negociação coletiva entre empregados e empregadores, e aos acordos e às convenções coletivas de trabalho.

Nesse aspecto, pode-se afirmar, ainda que a retirada do mínimo ético e civilizatório amparado na lei, certamente, prejudicará, ainda mais, as regiões cujas condições de trabalho são as mais frágeis, pois os sindicatos, enfraquecidos, não terão condições de resistir à pressão exercida pelos sindicatos dos empregadores. Assim, talvez aquelas regiões em que a proteção aos trabalhadores seja mais rebaixada e alcance o maior nível de precarização dos direitos passíveis de negociação, induzam algum investimento e criação de postos de trabalho.

Por tudo quanto exposto e em cotejo com o princípio da vedação ao retrocesso social, ora explanado, coadunado com o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite, ao mencionar que há uma imposição de “uma espécie de desestatização ou privatização dos direitos humanos, na medida em que afasta o Estado, principal responsável pela promoção de paz e justiça sociais, da complexa e desigual relação entre capital e trabalho¹⁹”, o que é feito em nítido e escancarado prejuízo ao trabalhador.

6. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em: 27 de agosto de 2017.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.html> Acesso em: 26 de agosto de 2017.

_____. **Lei nº 13.467/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.html> Acesso em: 26 de agosto de 2017.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716>>. Acesso em: 29/08/2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p. 09-15. Nov.2016.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.18-32. Nov.2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. A reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.37-49. Nov.2016.

MELO, Gerado Magela. A Vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.52, n.82, p.65-74, jul./dez.2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 2 ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.557.

¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.10. Nov.2016.



Podem os incentivos fiscais aprimorar as condições ambientais laborais?

Roberto Wakahara¹

Resumo: Diante do cenário de redução do número de auditores fiscais do trabalho, novas formas de se fazer cumprir as regras de saúde e segurança do trabalho devem ser pensadas. Uma dessas formas é a utilização de incentivos fiscais. O artigo discute a experiência dos tributos verdes e dos incentivos fiscais na seara ambiental em geral, e, posteriormente, analisa a possibilidade da utilização de mesmos instrumentos semelhantes ao meio ambiente do trabalho.

Palavras-chave: meio ambiente do trabalho, saúde e segurança do trabalho, conformidade, incentivos fiscais.

1. Introdução

O meio de se garantir tradicionalmente, no Brasil, o cumprimento das regras ambientais laborais, desde o seu princípio, no final do séc. XIX, vem sendo a fiscalização estatal².

No entanto, percebe-se que a tendência política observável hodiernamente é a redução do tamanho do Estado e a diminuição do tamanho da estrutura fiscal.

David Weil³, importante acadêmico e Chefe da Divisão de Salário e Jornada do Departamento de Trabalho do governo norte-americano durante a gestão Obama, por exemplo, adverte que devem ser pensadas novas estratégias de se fazer cumprir as normas de saúde e segurança do trabalho, uma vez que um aumento do número de fiscais não ocorrerá, ao menos, nos próximos anos.

Coincidentemente, no Brasil, o número de auditores fiscais do trabalho somente decresce, embora o contingente de trabalhadores no mercado de trabalho só tenha aumentado nos últimos anos⁴.

Embora o Estado brasileiro tenha criado por lei mais de 3.600 vagas de auditores fiscais do trabalho ao longo dos anos, o fato é que ao final de 2016 apenas cerca de 2.500 estão ocupadas, restando um déficit de 1.100 vagas não preenchidas.

¹ Mestre em Direito do Trabalho pela USP. Mestre em Trabalho, Saúde e Ambiente pela Fundacentro. Auditor Fiscal do Trabalho.

² BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil:** procedimentos especiais para a ação fiscal. São Paulo: LTr, 2007.

³ WEIL, David. **Improving workplace conditions through strategic enforcement:** a report to the wage and hour division. Boston: Boston University, 2010.

⁴ BARBOSA, Ana Luiza; CORSEUIL, Carlos Henrique; REIS, Maurício Cortez. **A necessidade de auditores-fiscais do trabalho no Brasil:** uma análise contemplando o grau de descumprimento da legislação trabalhista. Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

Assim, resta claro que o grande desafio no ramo de políticas públicas ligadas à área ambiental laboral no Brasil é buscar uma forma alternativa de se efetivar as condições de saúde e segurança do trabalho à tradicional fiscalização estatal, realizada pela auditoria fiscal do trabalho.

Diante desse panorama, o incentivo fiscal na área ambiental laboral poderia ser uma medida vantajosa.

Sendo assim, esse artigo buscará explicar a utilização dos sistemas de incentivos fiscais na área ambiental, em geral, e se é possível transportar tais experiências para o meio ambiente do trabalho.

2. Meio ambiente do trabalho

Embora a doutrina tradicional ambiental pouco mencione sobre o meio ambiente do trabalho, é inegável que esse seja um de seus ramos.

O conceito de meio ambiente, definido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite abrigo e rege a vida em todas as suas formas, abrange certamente a espécie de meio ambiente laboral.

Isso porque o ambiente laboral é possivelmente o local em que o cidadão passa a maior parte de sua vida e sofre a maior interação com o ambiente.

Não é por outra razão que o art. 200, VIII da Constituição Federal estabelece que: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

Alguns autores incluem o meio ambiente do trabalho numa subespécie do meio ambiente artificial e outros o veem como espécie autônoma.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo afirma que meio ambiente do trabalho é:

“o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc)”⁵.

Pedro Lenza, por sua vez, defende que o meio ambiente do trabalho é o “local aonde o trabalhador exerce sua atividade, espécie de meio artificial”⁶.

⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2001.



Raimundo Simão de Melo, a seu turno, expõe que: “*embora seja unitário o conceito de meio ambiente, a doutrina o tem classificado em quatro aspectos: natural, artificial, cultural e do trabalho.*”⁷

Portanto, resta claro que o meio ambiente do trabalho é um dos ramos do meio ambiente e merece proteção jurídica tal como os demais ramos.

Não é por outra razão que Raimundo Simão de Melo assim pondera:

*“O Direito Ambiental do trabalho constitui direito difuso fundamental inerente às normas sanitárias e de saúde do trabalhador (CF, art. 196), que, por isso, merece a proteção dos Poderes Públicos e da sociedade organizada, conforme estabelece o art. 225 da Constituição Federal. É difusa a sua natureza, ainda, porque as consequências decorrentes de sua degradação, como, por exemplo, os acidentes do trabalho, embora com repercussão imediata no campo individual, atingem, finalmente, toda a sociedade, que paga a conta final.”*⁸

Logo, os princípios, os conceitos e os sistemas de responsabilidade civil atinentes ao direito ambiental *lato sensu* podem ser aplicados ao direito ambiental laboral, via de regra.

Aliás, em diversos excertos da Consolidação das Leis do Trabalho podem ser vistos esses princípios e conceitos.

No art. 160, por exemplo, pode-se notar o princípio da prevenção: “*Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho.*”

A prevenção também é a base da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA (arts. 163 *usque* 165); dos equipamentos de proteção individual (arts. 166 e 167); da Seção “Das Medidas Protetivas de Saúde do Trabalho” (arts. 168 e 169), que trata dentre outras coisas dos exames médicos admissionais, demissionais e periódicos.

O dever de informação e de educação ambiental pode se visto no art. 157, II: “*Cabe às empresas: II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.*”

Desse modo, não existe empecilho a se imaginar a aplicação dos incentivos fiscais que já são utilizados na seara ambiental *lato sensu* para os casos específicos do meio ambiente do trabalho.

⁷ MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004.

⁸ Op. cit.

3. Tributos verdes e incentivos fiscais como formas de se efetivar o direito ambiental

O direito tributário é capaz de ser um instrumento de mudança da realidade quando ele se mostra apto a implementar as políticas públicas desenhadas pelo Estado. Isso é possível através da função extrafiscal dos tributos⁹.

Conquanto os tributos sejam idealizados como formas de arrecadação de recursos para o Estado, cumprindo, assim, a sua função fiscal, pode existir uma função extrafiscal, que é exatamente a atividade financeira que o Estado desenvolve sem o intuito evidente de obter recursos para seus cofres, mas objetivando regular as relações sociais, econômicas e, até mesmo, do homem com o meio ambiente.

Tal fenômeno também é conhecido como tributação indutora e, segundo Fernanda Estima Borba e Vladimir da Rocha França, visa “*estimular práticas que não seriam adotadas espontaneamente pelo contribuinte*”¹⁰.

A tributação indutora, assim, tem como fundamento a efetivação de políticas públicas. Nesse sentido, a proteção ao meio ambiente se insere em uma das formas possíveis de utilização do instituto, desde que respeitados os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da livre iniciativa e da livre concorrência. E, na grande maioria dos casos, isso é possível, pois ponderando-se os princípios constitucionais, percebe-se que a proteção ambiental, via de regra, é um bem jurídico de primeira grandeza.

Diante desse cenário, diversas opções foram escolhidas pelo legislador como tributação indutora na área ambiental. A primeira delas é a criação de tributos ambientais. A segunda é a concessão de incentivos fiscais por meio de redução de alíquotas ou até mesmo de isenção de tributos. E a terceira, que tangencia a questão tributária, relaciona-se com regras de repartição de receitas entre os entes da federação, no qual tem destaque o ICMS ecológico.

3.1 Tributos verdes

Paulo Henrique do Amaral avança hipóteses de tributos verdes em todas as espécies tributárias: impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuição de intervenção no domínio econômico e empréstimo compulsório¹¹.

É bem verdade que embora hipóteses que envolvam contribuição de melhoria (pela despoluição de um rio com a efetiva valorização imobiliária) ou empréstimo compulsório (em caso de um desastre ambiental) sejam juridicamente possíveis, o fato é que tais

⁹ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. **Verba juris**, João Pessoa, v. 3, n. 3, p. 154-190, 2004.

¹⁰ BORBA, Fernanda Estima; FRANÇA, Vladimir da Rocha. O postulado da proporcionalidade na tributação indutora: aplicação e efetividade na defesa do meio ambiente. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 17, n. 89, p. 102-125, 2009.

¹¹ AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



situações são muito improváveis de acontecerem no mundo real se for observada a tradição do legislador pátrio, que não tem o costume de utilizar tais instrumentos tributários em qualquer que seja a seara.

Assim é mais provável que o legislador opte por impostos, taxas e contribuições de intervenção no domínio econômico.

No que tange aos impostos verdes, as críticas que são feitas concentram-se na ideia de que o imposto é um tributo não vinculado. Assim, suas receitas dificilmente poderiam ser destinadas à reparação do meio ambiente, eis que elas não podem sofrer afetação. Entretanto, o imposto que tenha em sua estrutura elemento que possa alterar a conduta do contribuinte nociva ao meio ambiente ou que estimule atitude benéfica ao meio ambiente deve ser considerado imposto verde, independentemente da destinação de seus recursos.

No que tange às taxas ambientais, essas já existem no Brasil. Elas correspondem à utilização de um serviço de fiscalização ambiental, por exemplo. Nesse sentido, a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA) instituída pela Lei 10.065/00.

Por fim, as contribuições de intervenção no domínio econômico parecem ser a espécie tributária mais adequada e provável de se instituir um tributo verde, sobretudo pela possibilidade de afetação de suas receitas.

No entanto, até hoje no Brasil são escassos os tributos verdes, restringindo-se às taxas ambientais. Também são escassos os projetos de lei, que tramitam no Congresso, que buscam a criação de um tributo verde. Cita-se como exemplo, o Projeto de Lei Complementar 73/07, em trâmite na Câmara dos Deputados, que busca a criação de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico por emissão de gases de efeito estufa.

3.2 Incentivos fiscais

Outra forma que o legislador tributário pátrio criou para preservar o meio ambiente foi a concessão de incentivos fiscais, ou seja, ao invés de se criar um novo tributo, o legislador admite a possibilidade de abater valores ou até mesmo isentar tributos daqueles que buscam preservar o meio ambiente, incorrendo até mesmo em perda de receita ao erário para que a política pública induzida prospere no seio da sociedade.

O caso mais conhecido é o da redução de alíquotas de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para certos produtos menos poluidores. As alíquotas são alteradas constantemente por meio de decretos, e costumam ser menores para carros movidos a álcool ou *flex* ou elétricos ou de menor cilindrada. Também costumam ser menores as alíquotas para eletrodomésticos da linha branca, cujo consumo energético seja caracterizado como pertencente ao nível A, segundo a classificação do Inmetro.

Também pode ser apontado como incentivo fiscal a não tributação das áreas de florestas plantadas em propriedades rurais para cálculo do Imposto Territorial Rural (ITR).

Outro exemplo é o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) Verde, existente em alguns municípios brasileiros, que concede redução de alíquotas para os moradores que implantarem sistema de captação da água da chuva ou sistema de reuso de água ou sistema de aquecimento hidráulico solar ou construção com materiais sustentáveis ou outras soluções ambientalmente orientadas.

Sobre incentivos fiscais, tramitam diversos projetos de lei no Congresso, dentre eles o PL 5974/05 (decorrente do PLS 251/02) que determina que “*as pessoas físicas e jurídicas poderão deduzir do imposto de renda devido, respectivamente, até 80% (oitenta por cento) e até 40% (quarenta por cento) dos valores efetivamente doados a entidades sem fins lucrativos, para aplicação em projetos destinados a promover o uso sustentável dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente*”; o PL 7224/10 que concede incentivo fiscal do Imposto sobre a Renda às pessoas físicas ou jurídicas que implantarem projetos de reflorestamento e florestamento e de preservação do meio ambiente; o PL 1428/11 que institui benefício fiscal à pessoa jurídica tributada pelo lucro real, que poderá deduzir até 20% (vinte por cento) das despesas realizadas no respectivo período de apuração relacionadas a projetos de conservação e proteção de Parques de Alta Relevância Ambiental; o PL 6146/13 que dispõe sobre incentivos fiscais para projetos ambientais; a PEC 159/07 que destina recursos da CIDE combustíveis para o financiamento de projetos de mitigação dos impactos socioambientais negativos decorrentes da produção de biocombustíveis; a PEC 200/07 que destina recursos da CIDE Combustíveis para o pagamento de subsídios a preços ou transporte de biocombustíveis e ao Ministério do Meio Ambiente (3% da receita bruta); e o PL 522/07 que tem o propósito de definir a proporção da arrecadação da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) Combustível para o financiamento de projetos ambientais nos termos do art. 177, § 4º, II, “b”, da Constituição Federal, e do § 1º, inciso II, do art. 1º, da Lei nº 10.336/2001, e objetiva-se, ainda, a garantia da aplicação de pelo menos 25% dos recursos em consideração no fomento à geração e difusão de tecnologias na cadeia produtiva dos biocombustíveis para agricultores familiares.

Desse modo, percebe-se que a concessão de incentivos fiscais foi a forma mais utilizada pelo legislador pátrio para induzir a melhoria das condutas dos administrados no que tange à proteção ambiental.

Em virtude da renúncia de receita e da adequação a lei de responsabilidade fiscal, a tramitação de projetos que envolvam incentivos fiscais tendem a ser morosos. Pensando-se que no caso concreto, o incentivo fiscal envolve matéria ambiental, a morosidade ainda é aumentada em virtude do próprio tema, o meio ambiente, que é combatido de forma sistemática pela bancada patronal, e, em especial, pela bancada rural.

3.3 Repartição de receitas tributárias

Por fim, ainda existe uma terceira forma de indução de condutas ambientais positivas que tangencia a questão tributária, porém se relaciona, de fato, com regras de repartição de receitas entre os entes da federação.



O exemplo maior dessa espécie tipicamente brasileira é o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) ecológico.

Trata-se de um incentivo financeiro, ou seja, decorrente das finanças públicas, regra de repartição das receitas tributárias. Permite-se um maior percentual na divisão do ICMS aos municípios que comprovarem boas práticas ambientais.

No Estado de São Paulo, por exemplo, destina-se 0,5% do ICMS aos municípios que possuam área de conservação criada e sob a responsabilidade do Estado, nos termos da Lei Complementar 8.510/93.

Nos mesmos moldes, na esfera federal, tramita o Projeto de Lei Complementar 351/02, que cria reserva de 2% do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) para as Unidades da Federação que abrigarem, em seus territórios, unidades de conservação da natureza ou terras indígenas demarcadas. **É o chamado FPE verde.**

Desse modo, resta claro que essa terceira espécie não pode ser considerada uma forma clara de alteração comportamental por parte do contribuinte em sua relação com o meio ambiente, mas uma forma de se incentivar o município a proteger o meio ambiente.

4. Incentivos fiscais na seara ambiental laboral

Diante do que foi exposto, é possível se imaginar a aplicação de incentivos fiscais para a preservação e aperfeiçoamento do meio ambiente laboral?

Evidente que sim.

Raimundo Simão de Melo defende a concessão de incentivos fiscais para as atividades nas quais os empregadores levam em conta a prevenção do meio ambiente do trabalho. Cita, como exemplo, o art. 10 da Lei 10.666/03 que determina a redução em até cinquenta por cento das contribuições ao Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social¹².

Embora tenha o nome de seguro, o SAT tem natureza jurídica de contribuição previdenciária. Trata-se de uma parcela adicional de alíquota variável que complementa a contribuição previdenciária paga pelo empregador.

Tem fundamento no art. 22, II, da Lei 8.212/91 e visa financiar a aposentadoria especial prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho. É calculado sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos

¹² Op. cit.

segurados empregados e trabalhadores avulsos, sendo calculado à alíquota de: 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

Daí porque Robson Silva Mascarenhas defende que o SAT tem um caráter extrafiscal¹³. Afinal, ele induz a uma conduta de redução de acidentes, premiando aqueles empregadores que melhor cuidam do meio ambiente laboral com menores contribuições.

Contudo, nesse contexto, o SAT também se assemelha a um seguro de verdade, pois quanto menor o risco, pela redução de indenizações pagas pela seguradora em virtude da menor quantidade de sinistros ocorridos, menor deve ser o prêmio pago pelo contratante empregador.

No entanto, defendemos que as hipóteses de utilização de incentivos fiscais no meio ambiente laboral não devem estar restritas ao SAT.

Vislumbramos, *de lege ferenda*, a utilização de incentivos fiscais com redução de alíquotas de tributos, como por exemplo, o imposto sobre a renda ou a contribuição social sobre o lucro líquido, que tenha como fato gerador o abandono da utilização de trabalho insalubre; a utilização de máquinas com menos de cinco anos de uso, dotadas de equipamentos de segurança; abandono do uso de amianto na linha de produção; etc.

Tratam-se de situações em que o empregador consegue superar os parâmetros estipulados pelas normas legais e que merecem um incentivo adicional por essa superação.

Conquanto seja prejudicial à saúde do trabalhador, a lei permite o trabalho insalubre, tanto que prevê o pagamento de um adicional para os casos em que ela acontece. Contudo, no caso de a empresa conseguir extirpar de seu meio ambiente de trabalho a condição insalubre, seria possível imaginar-se um incentivo fiscal à empresa de modo a induzir que tal conduta se tornasse o padrão. Isso porque a mera cessação do pagamento do adicional não traz maiores reflexos econômicos ao empregador em face do valor irrisório desse adicional.

Assim o incentivo fiscal poderia ser muito mais efetivo na eliminação da insalubridade do que o próprio adicional de insalubridade.

Do mesmo modo, a utilização de máquinas antigas é permitida pela legislação. Não são raros os casos de a fiscalização se deparar com maquinário de vinte, trinta, quarenta anos ou mais e o empregador alegar que não consegue cumprir diversos itens estipulados pela Norma Regulamentadora (NR) 12, que trata de segurança no trabalho em máquinas e equipamentos, pois não existe meio de adaptá-lo. Outras máquinas, no entanto, mesmo antigas, conseguem cumprir boa parte das prescrições da NR 12. Porém,

¹³ MASCARENHAS, Robson Silva. A competência da Justiça do Trabalho e a importância social do SAT. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9605>. Acesso em: 26 jun. 2017.



é indubitável que máquinas mais novas, pelo próprio avanço do estado da arte, estão muito mais adaptadas aos normativos vigentes. Sendo assim, caso o empregador venha a utilizar apenas máquinas novas e equipadas, que cumpram um padrão superior ao exigido pela lei, poderia ser concedido a esse empregador um incentivo fiscal, pois sua conduta estaria em consonância com os princípios do direito ambiental, em especial os princípios da prevenção e o da precaução.

No mesmo diapasão, pode-se imaginar o caso do abandono do uso do amianto na linha de produção. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda entenda como constitucional o uso do amianto na linha de produção, poder-se-ia premiar o empregador que atuasse em determinado ramo da indústria que costumava utilizar o produto, porém o abandonara. Os benefícios labor-ambientais seriam incomensuráveis.

Também pode ser utilizado o incentivo em situações que, embora ilegais, não têm sido cumpridas pelos empregadores. Isso permitiria um maior índice de cumprimento da norma.

Pode-se imaginar, por exemplo, a utilização de transporte de trabalhadores rurais em boas condições. O grau de desrespeito à norma é tão grande que um incentivo fiscal contribuiria de sobremaneira para a melhoria da condição ambiental dos trabalhadores.

Sendo assim, vislumbramos diversas hipóteses em que a utilização de incentivos fiscais poderiam garantir um meio de ambiente do trabalho melhor.

Por fim, cabe observar que a combinação de estratégias pode ser a melhor estratégia na proteção ambiental. Neil Gunningham e Darren Sinclair bem observam que a confiança excessiva em um único instrumento de proteção ambiental jamais será bem sucedida, pois cada instrumento tem suas qualidades e seus defeitos¹⁴. Assim, a combinação de instrumentos, aliando a fiscalização tradicional com novas modalidades de aprimoramento do meio ambiente laboral, como é o caso dos incentivos fiscais, pode trazer frutos verdadeiros e duradouros.

Desse modo, sugere-se a implantação de incentivos fiscais sem abandonar a figura tradicional da fiscalização como uma combinação efetiva de se proteger o meio ambiente do trabalho.

5. Conclusão

Diante de um cenário em que as medidas tradicionais de comando e controle perdem poder de penetração na sociedade e se tornam menos efetivas, especialmente pelo fato de que os auditores fiscais do trabalho são cada vez mais escassos, é imprescindível que se busquem formas alternativas de se garantir um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, direito maior do trabalhador.

Afinal, a saúde e a vida dos trabalhadores não podem esperar.

¹⁴ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Regulatory pluralism: designing policy mixes for environmental protection. *Law & Policy*, Malden, v. 21, n. 1, p. 49-76, 1999.

Portanto, a utilização de incentivos fiscais para a busca de um meio ambiente do trabalho equilibrado pode vir a ser uma forma eficaz de sua concretização.

Ela se mostra em instrumento jurídico que incentiva boas práticas ambientais por parte do empregador, e que são tão eficazes quanto a própria fiscalização.

Aliás, a combinação de instrumentos, aliando a fiscalização tradicional com novas modalidades de aprimoramento do meio ambiente laboral, como é o caso dos incentivos fiscais, é o modo mais eficaz de se conquistar um meio ambiente do trabalho cada vez mais hígido e saudável.

6. Referências

AALDERS, Marius; WILTHAGEN, Ton. Moving beyond command-and-control: reflexivity in the regulation of occupational safety and health and the environment. **Law & Policy**, Malden, v. 19, n. 4, p. 415-443, 1997.

AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA, Ana Luiza; CORSEUIL, Carlos Henrique; REIS, Maurício Cortez. **A necessidade de auditores-fiscais do trabalho no Brasil**: uma análise contemplando o grau de descumprimento da legislação trabalhista. Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil**: procedimentos especiais para a ação fiscal. São Paulo: LTr, 2007.

BORBA, Fernanda Estima; FRANÇA, Vladimir da Rocha. O postulado da proporcionalidade na tributação indutora: aplicação e efetividade na defesa do meio ambiente. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 17, n. 89, p. 102-125, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Regulatory pluralism: designing policy mixes for environmental protection. **Law & Policy**, Malden, v. 21, n. 1, p. 49-76, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MASCARENHAS, Robson Silva. A competência da Justiça do Trabalho e a importância social do SAT. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9605>. Acesso em: 26 jun. 2017.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. **Verba juris**, João Pessoa, v. 3, n. 3, p. 154-190, 2004.

WEIL, David. **Improving workplace conditions through strategic enforcement**: a report to the wage and hour division. Boston: Boston University, 2010.



Constelação sistêmica organizacional e Assédio Moral: proposta de resolução de conflitos no ambiente de trabalho

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda¹

Sumário: 1. Introdução. 2 Constelações sistêmicas organizacionais. 2.1 Conceito e premissas filosóficas. 2.2 As leis do amor de Bert Hellinger. 3 Assédio moral no ambiente de trabalho. 4 Constelação sistêmica organização e proposta de resolução de conflitos decorrentes do assédio moral. 4.1 Aspectos práticos das constelações sistêmicas organizacionais. 4.2 As constelações sistêmicas no âmbito do Poder Judiciário. 5 Conclusões. 6 Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto o estudo das constelações sistêmicas de Bert Hellinger e sua aplicação, como prática terapêutica auxiliar, para busca de solução de conflitos decorrentes do assédio moral em ambientes de trabalho.

As constelações sistêmicas são o assunto da ordem do dia, já existindo aplicação concreta da técnica em diversos segmentos do Poder Judiciário, em especial nas Varas de Família. A prática se coaduna com a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que estimula a adoção de soluções não litigiosas de conflitos, no escopo de humanização da Justiça e de encerramento de lides com maior proveito para todos os envolvidos. No âmbito do Judiciário Trabalhista, conquanto ainda não exista nenhuma notícia acerca de sua adoção por Vara ou Tribunal do Trabalho, a aplicação da técnica terapêutica poderia contribuir para resolução de casos de assédio moral, no quais as emoções de rejeição, exclusão, humilhação e degradação da dignidade são corriqueiras.

O tema, por conseguinte, é de fulcral relevância social, na medida em que pretende oxigenar o Judiciário e aproximar as lides trabalhistas das suas causas subjetivas emocionais e organizacionais. O presente artigo pretende fincar as premissas teóricas que sustentam esta prática terapêutica e defender a sua ampla utilização em casos nos quais a experiência e as emoções humanas prevaleçam sobre os aspectos meramente formais da demanda.

Inicialmente, são tecidas considerações acerca do conceito de constelação sistêmica, sua finalidade, resultados esperados, enfoques propedêuticos e bases filosóficas, destacando o papel de Bert Hellinger, idealizador das constelações familiares, de onde se originam as constelações organizacionais. Cumpre salientar que as constelações sistêmicas, da maneira como tratadas no presente trabalho, estão alicerçadas sobre a fenomenologia de Edmund Husserl e sobre a teoria dos sistemas de Ludwig Von Bertalanffy.

Em seguida, o texto se debruça sobre o fenômeno do assédio moral no ambiente de trabalho, também delineado o seu conceito, características, condutas contumazes,

¹ Procuradora do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo. Terapeuta transpessoal sistêmico.

espécies (vertical descendente, vertical ascendente e horizontal) e as consequências da sua ocorrência no âmbito pessoal do assediado e no âmbito sistêmico da empresa.

Por derradeiro, será destacada a parte prática das constelações sistêmicas organizacionais, pormenorizando-se o processo em suas etapas constitutivas, para em seguida divulgar as práticas já consagradas nas Varas de Família, com o escopo de sustentar a sua operacionalidade também nas Varas do Trabalho.

A metodologia científica empregada, precipuamente, foi a pesquisa bibliográfica, que envolveu a busca de livros, monografias, teses, dissertações, artigos publicados em revistas especializadas, jornais e revistas, e teve a precaução de incluir os fundamentos filosóficos das constelações sistêmicas organizacionais, em busca dos alicerces para firmar a tese de sua aplicabilidade nas hipóteses de assédio moral no ambiente de trabalho.

2. Constelações sistêmicas organizacionais

O presente item tem por objetivo perscrutar o conceito de constelações organizacionais, partindo da sua origem nas constelações familiares, estabelecendo as suas premissas filosóficas, teóricas e metodológicas para melhor compreensão da prática em psicoterapia sistêmica. Em seguida, são realizadas digressões acerca das leis do amor na teoria de Bert Hellinger e sua conformação no âmbito empresarial, com o escopo de abordagem mais específica do tema do assédio moral no ambiente de trabalho.

2.1 Conceito e premissas filosóficas

Constelações sistêmicas são uma prática da psicoterapia sistêmica fenomenológica criada e desenvolvida por Bert Hellinger² a partir de observações empíricas dos padrões de comportamento que se repetem em famílias, empresas, grupos sociais e organizações ao longo do tempo, buscando diagnóstico e solução de conflitos.

O pensamento sistêmico apresentou-se como um novo modelo de pensamento científico desde que Ludwig Von Bertalanffy, biólogo de Viena, publicou, em 1937, a teoria geral dos sistemas, buscando nas leis dos sistemas naturais as regras de funcionamento para os demais sistemas, inclusive os sociais. À época, predominava a visão mecanicista

² É imperiosa uma breve biografia de Bert Hellinger, principal teórico da abordagem sistêmica fenomenológica das denominadas constelações familiares. Anton "Suitbert" Hellinger, conhecido simplesmente como Bert Hellinger, é um psicoterapeuta alemão nascido em 18 de dezembro de 1925 na cidade de Leimen. Foi seminarista católico, estudou filosofia, teologia e pedagogia e criou a concepção das leis dos relacionamentos humanos. No final dos anos 1960, também estudou Gestalt-terapia e psicanálise. Posteriormente, na década de 1970, mudou-se para os Estados Unidos para estudar terapia primal e análise transacional. Hellinger fundou a marca Hellinger Sciencia, que obteve registro no Brasil em 2007, com o objetivo de formalizar as constelações familiares e afastá-las de práticas que estavam se auto-intitulando constelações familiares, mas que não possuíam uma abordagem fenomenológica. As constelações Hellinger Sciencia®, de Bert e Sophie Hellinger, são transmitidas pela Hellinger®Schule e através dos docentes regularmente formados pela instituição. Atualmente, Bert Hellinger ministra cursos em todas as partes do mundo. As informações contidas na presente biografia foram obtidas no site <http://www2.hellinger.com/br/pagina/>, acesso em 28 mai. 2017.



e reducionista dos fenômenos biológicos, que pretendia reduzir o todo ao somatório das suas partes e a dissecar os organismos em partes menores para compreensão de seu funcionamento, sempre norteadas por uma concepção disjuntiva da vida³. Em meados dos anos 1970, a concepção de Bertalanffy é ratificada pela então denominada teoria dos sistemas, sustentada pelo neurobiólogo Humberto Maturana e pelo biólogo e filósofo Francisco Varela, ambos chilenos⁴.

A visão sistêmica da biologia não foi inicialmente aceita no ambiente acadêmico, porque importava modificações significativas de muitos conceitos e ideias clássicos. A preocupação com a fragmentação do conhecimento e a ênfase nas partes dos organismos vivos deu lugar à busca pela compreensão do todo e das relações entre as partes que o compõem. Os sistemas, portanto, somente podem ser compreendidos a partir de relações e integração – o todo é integrado e suas propriedades essenciais derivam das relações entre suas partes. Posteriormente, esta mesma visão sistêmica da biologia foi transportada para a visão dos sistemas sociais e, especificamente, dos sistemas familiares⁵.

Segundo a concepção sistêmica da vida, na biologia, cada sistema possui um padrão de organização e uma configuração de relações que se organiza dentro de uma determinada estrutura. A relação entre esta estrutura e o padrão caracteriza o processo, um movimento contínuo no qual todos os membros ou elementos estão conectados e têm igual importância dentro de uma ordem. Todos os elementos do sistema fazem parte de uma complexa teia de relações interativas e interdependente, que se encontram em contínuo movimento. Além das relações internas, o organismo desenvolve também comunicação com o meio, funcionando como um sistema aberto que recebe um fluxo de informações e se retroalimenta. Todos os elementos exteriores ingressam no sistema e são metabolizados, tornando-se parte do próprio sistema, que assim se autorregula, retroalimenta-se e evolui. No processo evolutivo há sempre dois movimentos concatenados: a continuidade e o retorno a si mesmo de forma modificada, um processo de repetição com diferença, criativo e evolutivo.

Estes mesmos paradigmas da concepção sistêmica da vida irão embasar as premissas conceituais das constelações sistêmicas. Os sistemas familiares, organizacionais ou de grupos constroem um padrão de interação que geração após geração se repetem, até que seja restaurada uma nova ordem pelos seus membros. São sistemas interligados geracionalmente e que se auto-organizam e se autoconstroem, repetindo o padrão atemporalmente, formando a sua própria diferença evolutiva, funcionando em diferentes níveis de complexidade entrelaçada. As constelações sistêmicas, em contraste com alguns modelos

³ GONÇALVES, Marusa Helena da Graça. **As teias interacionais da concepção sistêmica: uma visão contemporânea do psicólogo organizacional na gestão de recursos humanos**. 2002. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas e Recursos Humanos) – Universidade de Extremadura, UE, Espanha, título reconhecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, p. 15.

⁴ No campo jurídico, estas também são as premissas filosóficas para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

⁵ Impende destacar que as constelações sistêmicas foram criadas como constelações familiares e, até os dias atuais, muitas vezes são assim denominadas. Todavia, todos os seus princípios e critérios podem e devem ser aplicados em organizações empresariais ou em outros grupos. No presente trabalho, será adotada a denominação constelação sistêmica, e não constelação familiar, a fim de extirpar dúvidas quanto à sua possibilidade de aplicação no campo das organizações empresariais.

contemporâneos de terapia familiar⁶, baseiam-se no processamento imediato da experiência não verbal (vivencial) e utiliza, na prática o método fenomenológico.

A fenomenologia, cujos maiores expoentes são Edmund Husserl, Maurice Merleau-Ponty e Franz Brentano, surge na filosofia no alvorecer do século XX propondo uma volta das pesquisas filosóficas ao homem, abrangendo seus aspectos racionais e irracionais. Tece críticas ao idealismo, que visava a ideia ou consciência como a instância última de criação de realidade, e ao positivismo que afirmava ser a origem do conhecimento estritamente vinculada aos sentidos.

O método fenomenológico preocupa-se com o homem e sua experiência de mundo, no âmbito das coisas como aparecem – o fenômeno. É preciso perquirir aquilo que se manifesta, rompendo com a pretensão de pensar a coisa em sua ontologia, como anteriormente os filósofos kantianos se preocupavam.

As constelações sistêmicas baseiam-se no método fenomenológico, que se apraz de tudo o que pode ser mostrado pelo sistema do cliente e tudo o que pode ser percebido e utilizado naquele momento pelo observador: comportamentos, sensações, sentimentos, pensamentos, estímulos internos e externos, dentre outros. Nas constelações sistêmicas, os fenômenos se comunicam através do corpo, do movimento dos participantes, representantes que se colocam à disposição do sistema do cliente e seu tema.

O termo original da abordagem é *Familienaufstellung*, cujo sentido literal seria “colocar a família na posição”. Este termo retratava a ideia inicial de posicionar os participantes em lugares específicos na sala, o que caracterizou as intervenções iniciais na década de 1980.

⁶ Neste diapasão, é mister destacar que há uma grande confusão terminológica acerca das denominações terapia familiar, terapia de casal e constelações familiares, em face da existência de diversas abordagens pelas mais diferentes teorias psicológicas. Segundo a *Escola Estrutural*, cujo maior expoente é Salvador Minuchin, a família é um sistema que se define em função dos limites de uma organização hierárquica. O sistema familiar diferencia-se e executa suas funções através de regras que definem quem participa de cada subsistema e como participa. Para que o funcionamento familiar seja adequado, as fronteiras devem ser nítidas e claras. O papel do terapeuta, portanto, é o de ser líder no processo de transformação do sistema familiar, cujas mudanças são alcançadas pela delimitação de regras, distribuição de tarefas e escalonamento do estresse de cada membro. Pela *Escola Estratégica*, capitaneada por Jay Haley, Gregory Bateson, John Weakland e Don Jackson, o que caracteriza o sistema familiar é a luta pelo poder. O termo estratégico é utilizado para descrever qualquer abordagem em que o terapeuta realize ativamente intervenções para resolver problemas interacionais que se desenvolvem pela super-ênfase ou sub-ênfase nas dificuldades de viver. A terapêutica é pragmática: trabalham-se as interações e evitam-se os porquês. O principal objetivo é mudar o comportamento manifesto do paciente. A principal representante da Escola de Milão é Mara Selvini Palazzoli que, juntamente com Luigi Boscolo, Gianfranco Cecchin e Giuliana Prata, fundou o Centro para o Estudo da Família, nos anos 1960, também com orientação sistêmica de terapia familiar. Para o grupo de Milão, um princípio terapêutico fundamental é a conotação positiva dos comportamentos apresentados pela família, que são aqueles denominados sintomáticos, motivados pela tendência homeostática do sistema, ou seja, os comportamentos que existe para manutenção do equilíbrio do sistema. Uma intervenção muito utilizada pela Escola de Milão é o ritual familiar, que consiste em uma série de ações, das quais participam todos os membros da família, para evitar o comentário verbal sobre as normas que perpetuam o funcionamento do sistema. No ritual familiar, novas regras substituem tacitamente as regras precedentes. Na elaboração do ritual, o terapeuta deve ser bastante observador e criativo, e o ritual é rigorosamente específico para cada família. Vide CARNEIRO, Terezinha Féres. Terapia familiar: das divergências às possibilidades de articulação dos diferentes enfoques. *Revista Psicologia: ciência e profissão*, vol. 16, n. 1, 1996, p. 38-42.



Por conseguinte, é possível afirmar que a constelação sistêmica é uma prática da psicoterapia sistêmica fenomenológica que consiste no posicionamento físico/emocional de representantes dos elementos importantes do tema do constelado, aquele que expõe o seu conflito. Com a ajuda de um grupo de pessoas ou com bonecos, objetos ou âncoras de solo é possível visualizar as conexões estabelecidas inconscientemente, que muitas vezes permaneciam invisíveis até mesmo para os membros do grupo. Todo o processo terapêutico é altamente experiencial e fenomenológico, utilizando múltiplas modalidades sensoriais.

2.2 As leis do amor de Bert Hellinger

Aprofundando o pensamento de Bert Hellinger, sustenta-se que todos os vínculos humanos (conjugais, familiares ou organizacionais) se encontram baseados no amor. Para dar certo, o amor se submete a uma ordem e, assim, alcança o seu objetivo. Trata-se, portanto, de um amor universal, que leva à união e à aceitação. Portanto, o movimento de harmonização das conexões estabelecidas nas relações, quaisquer que sejam, tem como meta o amor universal. Os vínculos do amor são vivenciados em relações entre iguais (homem e mulher) e em relações de hierarquia (pais e filhos, chefes e subordinados, professores e alunos, etc).

Os relacionamentos humanos, para serem satisfatórios e não causarem distúrbios ou conflitos, precisam obedecer às denominadas leis ou ordens do amor: pertencimento, equilíbrio entre o dar e o receber e hierarquia dentro do grupo. O pertencimento significa que todos os membros têm o direito de pertencer ao grupo, vivos ou mortos, e de serem reconhecidos. Estes membros podem ser, por exemplo, em uma família, os filhos abortados ou deficientes, e em uma empresa aqueles que foram dispensados ou pediram demissão, em situações desfavoráveis emocionalmente. É muito comum que pessoas sejam esquecidas porque a sua lembrança traz sofrimento. Mas enquanto não são lembradas e reconhecidas, não se alcança o equilíbrio, pois origina-se uma necessidade irresistível do próprio sistema de restabelecer a integridade perdida e compensar a injustiça cometida. É preciso, pois, reincluir e dar a cada um o seu lugar de direito, com reconhecimento e honra, para que cada membro possa seguir o seu próprio destino e deixar de repetir a saga familiar ou organizacional. Hierarquia é a necessidade de que cada membro do grupo ocupe seu lugar em termos de precedência. Trata-se, portanto, de uma hierarquia cronológica, na qual quem veio antes precisa ser reconhecido como tal. Sem esse reconhecimento e respeito, há um desequilíbrio no sistema. Esta é uma ordem de precedência, e não de importância. O equilíbrio entre o dar e o receber significa que, enquanto um membro do grupo dá algo de bom, o outro recebe, ficando grato e doando de volta ao sistema, em uma espiral ascendente, pois idealmente retribui um pouco mais do que o que recebeu. Quem recebe fica novamente grato, e irá recompensar o sistema, gerando um vínculo crescente no qual o amor viceja. O dar e receber deve ser equilibrado mesmo em caso de danos, mas neste caso a espiral é decrescente, pois deve o membro do grupo retornar ao sistema um pouco menos do prejuízo que experimentou, e assim sucessivamente, até que o dano seja retirado do sistema. Há uma exceção a este equilíbrio na relação entre pais e filhos, pois os pais são doadores e os filhos são receptores, tornando-se doadores no futuro, quando forem pais de seus filhos.

A constelação sistêmica desnuda elementos que outras metodologias utilizadas em psicologia não seriam capazes de fazer emergir.

Sob o aspecto organizacional, a lei de pertencimento diz respeito ao período de tempo de vigência do contrato de trabalho na empresa e significa que todos os funcionários fazem parte do corpo organizacional da empresa da mesma forma, com o mesmo direito de vínculo, desde os cargos de mais alto escalão até os de menor hierarquia. Eventual violação a esta lei de pertencimento enfraquece toda a empresa, independentemente do cargo ocupado por aquele que é excluído ou deixado de lado.

O instinto humano de pertencimento ao grupo social é extremamente poderoso para ser desconsiderado em uma empresa. Se satisfeito o instinto, o membro do grupo sente-se confortável; caso contrário, sente-se incomodado, com baixa autoestima, rejeitado. A lealdade ao grupo é um dos mais relevantes fatores de desenvolvimento das organizações empresariais. Se a empresa realiza exclusões com facilidade, sem o devido respeito e ressarcimento remuneratório, os membros do grupo passam a se questionar se pertencem realmente ao lugar, o que ensejará a diminuição do compromisso e a identificação com as metas e valores da organização. É imperioso ainda destacar que os “antepassados” da empresa, ou seja, seus fundadores e funcionários antigos, que já se aposentaram ou que tiveram papel relevante na sua implantação e desenvolvimento, devem ser honrados pelos atuais membros, com uma postura de gratidão e reverência. Os memoriais empresariais, destacando o trabalho daqueles que se disponibilizaram mais do que economicamente pela empresa, cumprem esta tarefa sob encômios, ao passo que materializam o reconhecimento de cada pessoa que fez parte da organização. Conflitos quanto à lei de pertencimento precisam ser solucionados com honra, reconhecimento e reverência – ainda que ocorra a despedida do empregado, por exemplo, que importará necessariamente a sua exclusão do grupo, o ato deve estar permeado por respeito à dignidade do trabalhador e deve contar com a retribuição rescisória adequada.

A lei de equilíbrio entre o dar e o receber deve ser compreendida sob o aspecto de distribuição de remuneração e responsabilidade entre os indivíduos que compõem a organização. Deve-se questionar se o retorno financeiro é adequado para todos os empregados e se é compatível com o nível de atribuições e responsabilidades. Ademais, vincula-se ainda à comunicação verbal e não verbal intrasistêmica, no sentido de não ser concedido privilégio a algum membro do grupo, ou incentivo demasiado ou inferior ao devido em um caso específico, ou haver uma comunicação rude e vexatória entre seus membros, qualquer que seja a hierarquia, ou não haver investimento, em termos de treinamento e aprendizado, por parte da empresa, ou até mesmo a aplicação de sanções desarrazoadas por parte dos gestores, desproporcionais à falta cometida. Estes são, pois, alguns exemplos que poderiam configurar a violação à lei do equilíbrio entre o dar e o receber dentro de uma organização.

A lei de ordem, por derradeiro, implica a necessidade de exercício de uma hierarquia por parte dos gestores, de maneira firme, porém que não desborde para o autoritarismo. Os novos integrantes precisam respeitar a precedência dos membros anteriores e observar o escalonamento de poder disseminado na organização, existindo uma clara necessidade de liderança para consecução dos objetivos sociais. Somente a partir do



respeito à hierarquia, cujo âmbito está compreendido do poder diretivo do empregador, é possível estabelecer relações intrasistêmicas harmoniosas e híidas. Quando um membro do grupo se arroga o direito de criticar de forma velada ou explícita, deixando de colaborar com a liderança, cria-se um emaranhado no sistema. Também a ausência de liderança ou o seu exercício arbitrário torna os elementos da organização insatisfeitos, afetando negativamente todo o desenvolvimento do sistema. Esta liderança, por seu turno, deve estar imbuída dos princípios e metas institucionais para fazer prevalecer a sua condução, sob pena de resvalar no vazio de ordens que redundarão no fracasso da empresa.

O objetivo das constelações sistêmicas é o de mudar o padrão das conexões tensas, os campos vibracionais desarmoniosos existentes entre os membros do grupo. Na dicção de Bert Hellinger:

Os princípios subjacentes da consciência de grupo fazem-se conhecidos em nossos relacionamentos e em seus efeitos. Quem conhece tais efeitos pode transcender os limites das consciências pela compreensão. Onde as consciências cegam, a compreensão sabe; onde as consciências prendem, a compreensão libera; onde as consciências incitam, a compreensão inibe; onde as consciências paralisam, a compreensão age; onde as consciências separam, a compreensão ama⁷.

Como se verifica, as leis do amor devem ser observadas em todas as relações interpessoais, inclusive no âmbito empresarial, a fim de que o próprio sistema se desenvolva e realize o seu destino. O assédio moral, portanto, ao lado do seu aspecto jurídico, também pode ser observado sob o aspecto psicológico de desobediência às leis do amor concebidas por Bert Hellinger, situando-se a constelação sistêmica como método para possível solução de conflitos intraorganizacionais.

3. Assédio moral no ambiente de trabalho

A definição de assédio moral está imbricada à de humilhação, rebaixamento moral e ultraje. Para Marie-France Hirigoyen,

o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho⁸.

⁷ HELLINGER, Bert. **O amor do espírito na Hellinger Sciencia**[®]. Patos de Minas: Atman, 2009, p. 34.

⁸ HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 17.

Nem sempre a prática do assédio moral é de fácil comprovação, porquanto, na maioria das vezes, ocorre de forma velada, dissimulada, visando minar a autoestima da vítima e desestabilizá-la.

Pode se camuflar em uma “brincadeira” sobre o jeito de ser da vítima ou uma característica pessoal ou familiar, ou ainda sob a forma de insinuações humilhantes acerca de situações compreendidas por todos, mas cuja sutileza torna impossível a defesa do assediado, sob pena de ser visto como paranoico ou destemperado. A intensificação do assédio pode levar ao isolamento da vítima, como forma de autoproteção, o que, posteriormente, a faz ser considerada pelos próprios colegas como antissocial e sem espírito de cooperação. São situações de assédio moral mais frequentes: a) dar instruções confusas e imprecisas; b) bloquear o andamento do trabalho alheio; c) atribuir erros imaginários; d) ignorar a presença de funcionário na frente de outros; e) pedir trabalhos urgentes sem necessidade; f) pedir a execução de tarefas sem interesse; g) fazer críticas humilhantes em público; h) sobrecarregar o funcionário de trabalho; i) não cumprimentar o empregado e não lhe dirigir a palavra; j) impor horários injustificados; k) fazer circular boatos mal-dosos e calúnias sobre a pessoa; l) forçar a demissão; m) insinuar que o funcionário tem problemas mentais ou familiares; n) transferir o empregado de setor, para isolá-lo, ou não lhe atribuir tarefas; o) retirar seus instrumentos de trabalho (telefone, fax, computador, mesa); p) agredir preferencialmente quando está a sós com o assediado; q) proibir os colegas de falar e almoçar com a pessoa.

Além dessas condutas, há outras formas de controle e pressão sobre o trabalhador, tais como: a) brincadeira de mau gosto quando o empregado falta ao serviço por motivo de saúde, ou para acompanhar um familiar ao médico; b) marcação sobre o número de vezes e o tempo que vai ou fica no banheiro; c) vigilância constante sobre o trabalho que está sendo feito; d) desvalorização da atividade profissional do trabalhador; e) exigência de desempenho de funções acima do conhecimento do empregado ou abaixo de sua capacidade ou degradantes; f) indução do trabalhador ao erro, não só para criticá-lo ou rebaixá-lo, mas também para que tenha uma má imagem de si mesmo; g) indução da vítima ao descrédito de sua própria capacidade laborativa; h) recusa à comunicação direta com a vítima, dando-lhe ordens através de um colega; i) censura ao trabalhador de forma vaga e imprecisa, dando ensejo a interpretações dúbias e a mal-entendidos; j) exigência de tarefas impossíveis de serem executadas ou exigir a realização de atividades complexas em tempo demasiado curto; k) supressão de documentos ou informações importantes para a realização do trabalho; l) não permissão ao trabalhador para que se submeta a treinamentos; m) marcação de reuniões sem avisar o empregado e posterior cobrança de sua ausência na frente dos colegas; n) ridicularização das convicções religiosas ou políticas, dos gostos do trabalhador.

O assédio moral dissemina-se tanto mais quanto mais desorganizada e desestruturada for a empresa, ou ainda, quando o empregador finge não o ver, tolera-o ou mesmo o encoraja.

Indubitavelmente, as hipóteses de assédio moral representam uma violação às leis do amor de Bert Hellinger, em especial as leis de pertencimento e de hierarquia.



Trata-se, portanto, de agressão psicológica ou sofrimento invisível imposto ao trabalhador, que se concretiza em uma “invasão progressiva no território psíquico do outro”⁹. O tema é objeto de estudo especialmente no mundo pós-moderno, no qual foram conquistados, ainda que formalmente, o direito à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana. Entrementes, devido à implantação de novas ideologias de produção e de organização do trabalho, norteadas exclusivamente pela produtividade e competitividade, surge um ambiente de trabalho no qual os membros da organização encontram-se em permanente estado de insegurança quanto à manutenção do emprego ou à concretização dos direitos fundamentais sociais. A gestão sob pressão, que enfatiza a todo custo a lucratividade e a velocidade de produção, conduz à degradação do ambiente de trabalho e cria um ambiente favorável à ocorrência da violência moral.

Impende destacar que o assédio moral pode ser vertical descendente (o tipo mais frequente, no qual o assediador é o superior hierárquico da vítima), horizontal (quando os assediadores são os próprios colegas de trabalho do assediado, que fazem, por exemplo, brincadeiras de mau gosto ou o expõem a situações humilhantes) ou vertical descendente (espécie menos comum, na qual a vítima é o superior hierárquico e os assediadores, geralmente em conjunto, são os membros da equipe que não aceitam aquela liderança e sabotam o seu trabalho). Conclui-se, destarte, que não obrigatoriamente a relação entre assediador e vítima é de poder hierárquico, podendo estar consubstanciada a violência moral em relações intrasistêmicas entre iguais hierarquicamente.

O estilo específico da agressão varia de acordo com os meios socioculturais e profissionais. Nos setores de produção, a violência é mais direta, verbal ou física. Por outro lado, quanto mais se sobe na hierarquia e na escala social, mais as agressões são sofisticadas, perversas e difíceis de caracterizar¹⁰.

As empresas têm buscado soluções internas de prevenção e repressão ao assédio moral. Para prevenção, as instituições costumam implementar códigos de ética e/ou treinamento de empregados do setor de recursos humanos para diagnóstico dos casos de violência moral e adoção de medidas repressivas aos agressores. Estes mecanismos merecem ser vistos com cautela, pois podem agravar ainda mais o problema, devido ao desrespeito das leis sistêmicas que regem as relações interpessoais, fomentando um clima de desconfiança geral dentro do ambiente de trabalho. Considerando que o assédio moral pode se consubstanciar em uma conduta difusa e coletiva, fruto da forma de gestão da empresa, é possível afirmar uma certa ineficiência dos meios de solução ora elencados.

Os números acerca do fato social não mentem. Segundo Marie-France Hirigoyen, somente a minoria dos casos de assédio moral encontram solução na própria empresa. Em 40% (quarenta por cento) dos casos, a vítima procurou os delegados sindicais, que conseguiram solucionar 10% (dez por cento) das questões; em 39% (trinta e nove por cento) dos casos, procurou o médico do trabalho, que auxiliou em apenas 13% (treze por cento) das vezes; em 39% (trinta e nove por cento) dos casos o auxílio foi requerido junto

⁹ HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 2. ed. Tradução de Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 12.

¹⁰ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio moral. **Revista Síntese Trabalhista**, ano XV, n. 169, jul. 2003, p. 143.

a colegas, com 20 (vinte por cento) de solução; em 37% (trinta e sete por cento) dos casos a vítima procurou o superior hierárquico e somente conseguiu apoio em 5% (cinco por cento) deles; e em 19% (dezenove por cento) dos casos, bateu às portas do departamento de recursos humanos, que resolveu apenas 1% (um por cento) das questões.

Conquanto existam outras consequências no âmbito jurídico, inclusive sob a égide do direito penal, a ocorrência do assédio moral, nas relações de trabalho, em geral desborda na interposição de reclamações trabalhistas individuais, nas quais é pleiteada uma indenização por dano moral em face do empregador¹¹.

É preciso, portanto, perquirir em que medida as constelações sistêmicas poderão ser utilizadas no âmbito da Justiça do Trabalho para solução de conflitos acerca de assédio moral, engrandecendo a discussão meramente pecuniária de simples pagamento de indenização por danos morais. As constelações podem informar as próprias partes envolvidas (assediador, vítima e demais participantes do ambiente de trabalho) acerca de elementos que não conseguem visualizar dentro do sistema empresarial, fazendo com que não sejam criados novos emaranhados de gestão e que sejam resolvidos os existentes, independentemente do resultado jurídico da demanda.

4. Constelação sistêmica organizacional e proposta de resolução de conflitos decorrentes do Assédio Moral

No presente item, o artigo aborda os aspectos práticos das constelações sistêmicas organizacionais, informando sobre o procedimento, as condutas, as possibilidades de êxito e os resultados esperados, bem como tece pequena digressão sobre a utilização da técnica no âmbito do Poder Judiciário, perpassando pela experiência das Varas de Família e sustentando a possibilidade de sua utilização na Justiça do Trabalho.

4.1 Aspectos práticos das constelações sistêmicas organizacionais

A constelação sistêmica pode ser utilizada em equipes pequenas, departamentos ou na empresa como um todo, sendo a utilização da técnica mais frequente em empresas familiares, pois muitas vezes o aspecto familiar é confundido com o empresarial nestas instituições.

Sob o aspecto prático, as constelações consistem em um grupo de pessoas (representantes), no qual um cliente (o constelado) traz a questão a ser resolvida com o apoio de um consultor (o constelador). Caso não seja possível a utilização de pessoas para realização da constelação, por questões de logística, também podem ser utilizados bonecos, representações, cadeiras, etc. Entrementes, a constelação com pessoas traz resultados muito mais profundos e duradouros, pois a movimentação é mais espontânea.

¹¹ Destaque-se que a responsabilidade pelo pagamento da indenização é do empregador nas hipóteses de assédio moral vertical (descendente ou ascendente) ou horizontal, ainda que não tenha participado diretamente da conduta assediante, porque o dever de promover a existência de um ambiente de trabalho saudável e seguro incumbe ao gestor empresarial.



Não é aconselhável que os representantes sejam os próprios funcionários da empresa, pois a observação mútua é mais crítica e as palavras ou colocações podem ter um peso muito contundente. Além destas circunstâncias, os funcionários da empresa possuem informações prévias sobre a realidade fática narrada que podem distorcer a constelação, que trabalha com a alma¹² dos envolvidos e não com seus egos. Os melhores resultados da prática são obtidos com grupos em que os representantes não se conheciam previamente, pois todos se sentem livres e isonomicamente valorados para expressar suas sensações.

A constelação se inicia após uma curta delimitação da questão a ser trabalhada entre o cliente o consultor, que estabelece quais elementos tomarão parte da técnica, podendo ser configurados, por exemplo: o departamento, os clientes da empresa, a pessoa que está sofrendo o assédio moral, o assediador, determinado colega de trabalho que apenas assiste às situações vexatórias, etc. Todos os elementos previamente escolhidos estão intrinsecamente envolvidos na situação e também sofrerão os efeitos da movimentação sistêmica. Nada impede, outrossim, que no decorrer da constelação outros elementos sejam incluídos pelo consultor. Se a questão estiver desfocada ou definida em termos muito genéricos, a atenção fica difusa, transforma-se em tumulto e há o prejuízo do processo terapêutico.

Em seguida, o constelado posiciona intuitivamente, em um espaço pré-definido, os representantes dos elementos que conformam a constelação, que passam a vivenciar a questão trazida, nos lugares onde foram originariamente colocados. O consultor acompanha o que os representantes sentem e dizem, e atua como facilitador de seus deslocamentos dentro do espaço. A finalidade desta movimentação, portanto, é fazer com que o representante se sinta confortável e tranquilo no local escolhido (que pode ser aquele definido pelo constelado ou outro); em suma, fazer com que se sinta “no lugar certo”.

O intuito da abordagem sistêmica é trazer para o cliente novas percepções e alternativas de ação, encaminhando soluções para a questão narrada. Tenciona-se ainda desatar os emaranhamentos, ou seja, as situações nas quais as leis do amor não estão sendo observadas, causando desequilíbrios.

A constelação organizacional fornece indícios sobre relações e estruturas (como coalizações, concorrências, rejeição, exploração, abuso de poder, dinâmica de bode expiatório, vitimização, etc.) e sobre hipotecas do passado (não reconhecimento de méritos do fundador, esquecimento de colaboradores afastados ou excluídos, etc.). Também podem informar sobre a ocorrência de falta de apoio dos superiores hierárquicos ou de recursos materiais para consecução dos fins empresariais, sobre riscos à saúde dos trabalhadores e especialmente sobre as relações pessoais intrasistêmicas.

A explicação para a efetividade das constelações sistêmicas tende a ser a de que o ser humano não percebe apenas elementos, fatos e estados isolados, mas também padrões e estruturas relacionais, isto é, redes de relações e constelações de sistemas. A memorização destas informações complexas modela esquemas cognitivo-afetivos, na mente do membro do grupo afetado com a situação, que em parte comandam suas ações. Assim, as imagens inconscientes podem ser “deslocadas para fora”, através dos representantes

¹² Insta ressaltar que a palavra “alma”, neste contexto, não possui qualquer conotação espiritual; trata-se, pois, de essência do ser humano, da sua base ontológica.

e da movimentação na constelação. Por este caminho, portanto, é possível encenar determinados contextos sistêmicos. Ademais, os representantes da constelação (as pessoas escolhidas pelo constelado, dentro do grupo formado para a prática, para tomar parte na constelação) captam de forma representativa a constelação exteriorizada no sistema, tendo uma percepção fenomenológica de toda a situação. As informações obtidas durante a técnica são extremamente coerentes com a estrutura, as dinâmicas e as interações dentro da empresa.

Em um primeiro momento, o cliente (o constelado) se colocará externamente ao âmbito espacial da constelação, para em seguida “entrar” na constelação, substituindo o seu representante e assumindo o seu papel na configuração da situação. Os representantes, os observadores participantes e o cliente ficam direta e simultaneamente expostos às forças do sistema logo que este é delineado, formando-se um campo sinérgico onde todos podem experimentar as antigas realidades e as novas possibilidades. Desta sorte, todo o sistema é “infectado”, primeiro pelo dinamismo da constelação do problema e, em seguida, pelo ambiente de solução.

Incumbe ao constelador (o consultor), após a primeira colocação dos representantes da constelação em determinados lugares pelo cliente, fazer-lhes perguntas, dando tempo para que possam perceber a posição em que foram colocados e sentir a interação das forças sistêmicas. Primeiramente, o consultor deve questionar se o representante se sente bem em sua colocação ou se sente algum incômodo, começando pelos representantes que parecem acumular mais conflitos. Também pode ser iniciada esta fase com o representante da posição hierárquica mais alta, ou pelo representante do cliente; estas decisões deverão ser tomadas pelo consultor de acordo com sua experiência prática. O momento em que os representantes comunicam de forma concentrada o que sentem em suas posições é de fulcral relevância para o encadeamento subsequente da técnica.

Após as respostas, inicia-se a fase de movimentação dos representantes dentro do sistema para locais que considerem mais confortáveis e seguros. Deve ser observado pelo consultor (o constelador) e pelo cliente (o constelado) quais as reações observadas com as mudanças de lugar e neste momento podem ser oferecidas frases ao representante, que por ele serão repetidas em relação a outros representantes, dentro da constelação. Somente pela experiência o constelador percebe os métodos e colocações mais eficazes, que provocarão maiores mudanças em uma constelação. Cada consultor (constelador) desenvolve, no decorrer do tempo, maneiras específicas de focalizar, de expressar emoções, de gerar mudanças e conclusões. Neste momento é possível visualizar alguns processos de exclusão e rejeição, por exemplo, que são muito frequentes em casos de assédio moral – o representante do excluído se dirige para fora do sistema e se afasta dos demais membros, por exemplo.

Como já explanado, pode o consultor escolher determinadas frases a serem repetidas pelos representantes da constelação, com objetivos determinados. Para reconhecer aquilo que é, ou seja, ratificar o amor universal, ao invés de ficar insatisfeito, pode ser solicitado que o representante repita a frase “agora eu concordo com tudo isto, da maneira como aconteceu, e olho para o futuro”. Para expressar o reconhecimento e honrar o outro, em do afastamento e do menosprezo, pode ser dita a frase “agora eu reconheço a sal



colaboração e o respeito como membro da empresa). Para agradecer à empresa, em vez de reivindicar e recorrer-se a fazer, pode o representante do funcionário repetir “eu agradeço por tudo que aprendi com você e quero que me veja com bons olhos”. Para materializar o reconhecimento do próprio erro e da injustiça, evitando a transferência de culpa, pode ser dita a frase “eu tomo a minha parte da responsabilidade pelo que aconteceu e lhe entrego a sal; agora eu me desprendo”. Para que a própria liderança que não assume seu papel se conscientize da necessidade de estabelecimento de regras, a frase escolhida poderia ser “eu não posso carregar e assumir o seu fardo, a sua responsabilidade; ela lhe pertence eu lhe devolvo”. Em vez de se sentir envergonhado ou humilhado, pode o assediado repetir “a empresa não me merece; eu escolho a minha dignidade e sigo de cabeça erguida”. Muitas vezes é necessário que alguns representantes da constelação façam reverência aos que foram excluídos, rejeitados ou tratados com desprezo, reconhecendo-os e honrando-os.

A parte final do processo consiste em retirar os representantes da constelação, a fim de que saiam do campo sinérgico criado pela constelação. Em muitas situações, é feita uma discussão entre os participantes da constelação sobre o processo, na qual podem as pessoas narrar as sensações experimentadas, no escopo de auxiliar o cliente e jamais provocar distúrbios em seus processos de internalização da constelação.

Ao término do processo, quando todos dão vazão à sensação de alívio, recuperando sua força no lugar que lhes é adequado, olhando com confiança para o futuro, e quando o cliente passa a ocupar finalmente o seu lugar, é difícil não se deixar arrebatado pela emoção contagiante da conquista de soluções. Não se afirma, obviamente, que os velhos emaranhados sejam resolvidos de imediato; mas o quadro de soluções possíveis é conformado nos meses que se seguem à constelação.

Por derradeiro, é importante asseverar que as constelações devem ser utilizadas com moderação e de maneira não especulativa. Não é aconselhável que o cliente faça a prática “para ver o que acontece”, pois a constelação será tanto mais significativa e repleta de soluções quanto mais o cliente possui a vontade de solucionar os emaranhados. Não devem ser esperados resultados rápidos, concretos e imediatos das constelações, pois a prática viabiliza as mudanças necessárias, que muitas vezes ocorrem sem serem percebidas e sem que os envolvidos especifiquem de onde se originaram os impulsos.

4.2 As constelações sistêmicas no âmbito do Poder Judiciário

Pelo menos onze Estados (Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá) e o Distrito Federal já utilizam a dinâmica da constelação sistêmica, especialmente a familiar, para ajudar a solucionar conflitos na Justiça brasileira. A medida está em conformidade com a Resolução CNJ n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estimula práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesse do Poder Judiciário. A técnica vem sendo utilizada como reforço antes das tentativas de conciliação em vários Estados.

Um dos primeiros a trazer a prática para o Judiciário, o juiz Sami Storch¹³, da 2ª Vara de Família de Itabuna/BA, afirmou ter conseguido um índice de 100% (cem por cento) de acordos em conflitos familiares ao utilizar a técnica antes das audiências de conciliação. Na época, em 2012, a técnica foi aplicada aos cidadãos do município de Castro Alves, a 191 quilômetros de Salvador. Das 90 (noventa) audiências nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de constelações, o índice de conciliação foi de 91% (noventa e um por cento). Nos processos em que ambas as partes participaram da vivência de constelações, o resultado foi 100% (cem por cento) positivo. Pelos excelentes resultados obtidos em sua comarca, Storch foi homenageado em 2015 no Prêmio Conciliar É Legal, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁴.

Em Goiás, o Projeto Mediação Familiar, do 3º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania da comarca de Goiânia, rendeu para o Tribunal de Justiça de Goiás o primeiro lugar no V Prêmio Conciliar é Legal, promovido pelo CNJ. A novidade apresentada no projeto era exatamente a utilização da técnica da constelação nas sessões de mediação. De acordo com o juiz Paulo César Alves das Neves, coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do tribunal e idealizador do projeto, o índice de solução de conflitos com auxílio da técnica é de aproximadamente 94% (noventa e quatro por cento) das demandas.

Na Vara Cível, de Família, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante, no Distrito Federal, a técnica foi aplicada em cerca de 52 (cinquenta e dois) processos, desde março, alcançando índice de acordos de 86% (oitenta e seis por cento), com a participação das duas partes na dinâmica. Nas unidades judiciárias que fazem parte do Projeto Constelar e Conciliar do órgão, as sessões acontecem, em geral, uma semana antes das audiências de conciliação. A juíza Magáli Dallape Gomes, umas das supervisoras do projeto, explica que antes de encaminhar os casos para a sessão de constelação, seleciona processos com temáticas semelhantes e que não obtiveram êxito em conciliações anteriores¹⁵.

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), de União da Vitória, no Paraná, deu início à adoção das técnicas de Justiça Restaurativa e Constelações Sistêmicas, como métodos alternativos para a resolução de conflitos. O trabalho é feito em paralelo à aplicação da conciliação e da mediação e ao atendimento judiciário tradicional. O trabalho com a Justiça Restaurativa é supervisionado pelo servidor Edson Futerko, da Vara da Família, Infância e Juventude. As psicólogas Cláudia Moema Zaoins e Fernanda Wosny Carvakgi e a advogada Danielle Christine Feijó foram capacitadas pelo Tribunal de Justiça do Paraná e são responsáveis pela condução das reuniões¹⁶.

¹³ O Juiz Sami Storch participou de matéria do programa de televisão Fantástico, exibido pela Rede Globo de Televisão no dia 14 de maio de 2017.

¹⁴ DUARTE, Alice. **Constelação familiar vem transformado a Justiça brasileira**. Artigo originalmente publicado no jornal britânico Notícias em Português em 14.02.2017. Disponível em: <<https://aliceduarte.com/2017/02/14/constelacao-familiar-vem-transformado-a-justica-brasileira>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

¹⁵ BANDEIRA, Regina. **“Constelação Familiar” ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário**. Agência CNJ de notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>>. Acesso em: 30 maio 2017.

¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Justiça restaurativa e constelações familiares avançam no**



Também o Juiz da 1ª Vara de Família do Fórum Regional da Leopoldina, André Tredinnick, idealizou o projeto Constelações, que introduz a técnica da constelação familiar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁷.

A prática da constelação sistêmica também foi empregada pela primeira vez no Tribunal de Justiça de Pernambuco no dia 7 de novembro de 2016, por meio da Coordenadoria da Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem. A juíza Wilka Vilela Domingues, titular da 5ª Vara de Família e Registro Civil da Capital, utilizou o método em 30 processos de alto litígio, convidando os casais das ações para a palestra e vivência sobre a constelação familiar sistêmica como instrumento de resolução de conflitos no Poder Judiciário. A ação ocorreu no auditório do 5º andar do Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano. As ações abrangiam divórcio, guarda, regulamentação de visitas e alienação parental¹⁸.

Não há notícia de utilização da constelação sistêmica na Justiça do Trabalho. Entretanto, como sustentado no presente artigo, nada impediria a sua implementação; muito ao contrário, considerando que a Justiça do Trabalho possui como princípio basilar a conciliação entre as partes, nada há a obstar a sua utilização para resolução de conflitos, especialmente relativos a assédio moral.

5. Conclusões

Isto posto, é possível concluir:

1. A constelação sistêmica é uma prática da psicoterapia sistêmica fenomenológica que consiste no posicionamento físico/emocional de representantes dos elementos importantes do tema do constelado, aquele que expõe o seu conflito. Com a ajuda de um grupo de pessoas ou com bonecos, objetos ou âncoras de solo é possível visualizar as conexões estabelecidas inconscientemente, que muitas vezes permaneciam invisíveis até mesmo para os membros do grupo. Todo o processo terapêutico é altamente experiencial e fenomenológico, utilizando múltiplas modalidades sensoriais.

2. Os sistemas familiares, organizacionais ou de grupos constroem um padrão de interação que geração após geração se repetem, até que seja restaurada uma nova ordem pelos seus membros. São sistemas interligados geracionalmente e que se auto-organizam e se autoconstroem, repetindo o padrão atemporalmente, formando a sua própria diferença evolutiva, funcionando em diferentes níveis de complexidade entrelaçada. As constelações sistêmicas, em contraste com alguns modelos contemporâneos de terapia

Paraná. Notícia divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 04 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84704-justica-restaurativa-e-constelacoes-familiares-avancam-no-parana>>. Acesso em 30 maio 2017.

¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Constelação familiar é aplicada a 300 casos no Rio.** Notícia divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 31 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>>. Acesso em 30 maio 2017.

¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Tribunal pernambucano utiliza constelação familiar em conciliação.** Notícia divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 22 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83966-tribunal-pernambucano-utilizada-constelacao-familiar-em-conciliacao>>. Acesso em: 30 maio 2017.

familiar, baseiam-se no processamento imediato da experiência não verbal (vivencial) e utiliza, na prática o método fenomenológico.

3. Os relacionamentos humanos, para serem satisfatórios e não causarem distúrbios ou conflitos, precisam obedecer às denominadas leis ou ordens do amor de Bert Hellinger: pertencimento, equilíbrio entre o dar e o receber e hierarquia dentro do grupo.

4. O objetivo das constelações sistêmicas é o de mudar o padrão das conexões tensas, os campos vibracionais desarmoniosos existentes entre os membros do grupo.

5. As leis do amor devem ser observadas em todas as relações interpessoais, inclusive no âmbito empresarial, a fim de que o próprio sistema se desenvolva e realize o seu destino. O assédio moral, portanto, ao lado do seu aspecto jurídico, também pode ser observado sob o aspecto psicológico de desobediência às leis do amor concebidas por Bert Hellinger, em especial as leis de pertencimento e de hierarquia, situando-se a constelação sistêmica como método para possível solução de conflitos intraorganizacionais.

6. O assédio moral é uma agressão psicológica ou sofrimento invisível imposto ao trabalhador, que se concretiza em uma “invasão progressiva no território psíquico do outro”. O tema é objeto de estudo especialmente no mundo pós-moderno, no qual foram conquistados, ainda que formalmente, o direito à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana. Entrementes, devido à implantação de novas ideologias de produção e de organização do trabalho, norteadas exclusivamente pela produtividade e competitividade, surge um ambiente de trabalho no qual os membros da organização encontram-se em permanente estado de insegurança quanto à manutenção do emprego ou à concretização dos direitos fundamentais sociais. A gestão sob pressão, que enfatiza a todo custo a lucratividade e a velocidade de produção, conduz à degradação do ambiente de trabalho e cria um ambiente favorável à ocorrência da violência moral.

7. É preciso, portanto, enfatizar que as constelações sistêmicas podem ser utilizadas no âmbito da Justiça do Trabalho para solução de conflitos acerca de assédio moral, engrandecendo a discussão meramente pecuniária de simples pagamento de indenização por danos morais. As constelações podem informar as próprias partes envolvidas (assedador, vítima e demais participantes do ambiente de trabalho) acerca de elementos que não conseguem visualizar dentro do sistema empresarial, fazendo com que não sejam criados novos emaranhados de gestão e que sejam resolvidos os existentes, independentemente do resultado jurídico da demanda.

8. Sob o aspecto prático, as constelações consistem em um grupo de pessoas (representantes), no qual um cliente (o constelado) traz a questão a ser resolvida com o apoio de um consultor (o constelador). Caso não seja possível a utilização de pessoas para realização da constelação, por questões de logística, também podem ser utilizados bonecos, representações, cadeiras, etc.

9. As constelações devem ser utilizadas com moderação e de maneira não especulativa. Não é aconselhável que o cliente faça a prática “para ver o que acontece”, pois a constelação será tanto mais significativa e repleta de soluções quanto mais o cliente possui



a vontade de solucionar os emaranhados. Não devem ser esperados resultados rápidos, concretos e imediatos das constelações, pois a prática viabiliza as mudanças necessárias, que muitas vezes ocorrem sem serem percebidas e sem que os envolvidos especifiquem de onde se originaram os impulsos.

10. Pelo menos onze Estados (Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá) e o Distrito Federal já utilizam a dinâmica da constelação sistêmica, especialmente a familiar, para ajudar a solucionar conflitos na Justiça brasileira. A medida está em conformidade com a Resolução CNJ n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estimula práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesse do Poder Judiciário. A técnica vem sendo utilizada como reforço antes das tentativas de conciliação em vários Estados.

11. Não há notícia de utilização da constelação sistêmica na Justiça do Trabalho. Entretanto, como sustentado no presente artigo, nada impediria a sua implementação; muito ao contrário, considerando que a Justiça do Trabalho possui como princípio basilar a conciliação entre as partes, nada há a obstar a sua utilização para resolução de conflitos, especialmente relativos a assédio moral.

6. Referências

BANDEIRA, Regina. **“Constelação Familiar” ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário.** Agência CNJ de notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>>. Acesso em: 30 maio 2017.

CARNEIRO, Terezinha Féres. Terapia familiar: das divergências às possibilidades de articulação dos diferentes enfoques. *Revista Psicologia: ciência e profissão*, vol. 16, n. 1, 1996, p. 38-42.

DUARTE, Alice. **Constelação familiar vem transformado a Justiça brasileira.** Artigo originalmente publicado no jornal britânico Notícias em Português em 14.02.2017. Disponível em: <<https://aliceduarte.com/2017/02/14/constelacao-familiar-vem-transformado-a-justica-brasileira>>. Acesso em: 30 maio 2017.

GONÇALVES, Marusa Helena da Graça. **As teias interacionais da concepção sistêmica: uma visão contemporânea do psicólogo organizacional na gestão de recursos humanos.** 2002. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas e Recursos Humanos) – Universidade de Extremadura, UE, Espanha, título reconhecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

HELLINGER, Bert. **O amor do espírito na Hellinger Sciencia®.** Patos de Minas: Atman, 2009.

HELLINGER®SCHULE. Disponível em: <<http://www2.hellinger.com/br/pagina>>. Acesso em: 28 maio 2017.



HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral.** Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano.** 2. ed. Tradução de Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio moral. **Revista Síntese Trabalhista**, ano XV, n. 169, jul. 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Tribunal pernambucano utiliza constelação familiar em conciliação.** Notícia divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 22 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83966-tribunal-pernambucano-utilizada-constelacao-familiar-em-conciliacao>>. Acesso em: 30 maio 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Justiça restaurativa e constelações familiares avançam no Paraná.** Notícia divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 04 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84704-justica-restaurativa-e-constelacoes-familiares-avancam-no-parana>>. Acesso em 30 maio 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Constelação familiar é aplicada a 300 casos no Rio.** Notícia divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 31 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>>. Acesso em 30 maio 2017.



A inconstitucionalidade da despedida coletiva imotivada

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale¹

Resumo: Este trabalho analisa a inconstitucionalidade do artigo 477-A do PLC n.38/17, à luz do artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, bem assim do princípio do devido processo legal.

Palavra-chave: Despedida coletiva – reforma trabalhista-devido processo legal.

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. As liberdades sociais – 3. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade – 4. Direitos fundamentais como sistema de valores - 5. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais - 6. O alcance do artigo 7º, I, diante da regra contida no artigo 5º, § 1º Constituição Federal de 1988. - 7. Eficácia plena da primeira parte do artigo 7º, I Constituição Federal de 1988 e a antijuridicidade da despedida imotivada - 8. Inconstitucionalidade da autorização da despedida coletiva imotivada - 9. A inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal - 10. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil - 10.1 Entidades associativas e sociedades - 10.2. Relações condominiais 10.3 O dever de motivação na ação de despejo - 11. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego - 12. Notas conclusivas – 13. Referências.

1. Considerações iniciais

A fim de “modernizar” as normas trabalhistas, a proposta de reforma inicialmente trazida pelo Poder Executivo iguala a despedida coletiva à despedida individual, permitindo em ambas a denúncia contratual vazia; ou, em outras palavras, a consagração do pseudo direito potestativo de o empregador despedir sem motivação.

Esse artigo tem como escopo analisar a constitucionalidade do artigo 477-A do PLC n. 38/17, atual Lei n. 13.467/17, averiguando a vinculação do Estado-Legislador ao Texto Constitucional, sobretudo aos direitos fundamentais, enquanto ordem objetiva de valores. Todavia, para que seja realizado tal estudo, inicialmente será elaborada reflexão acerca da eficácia do artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, para, somente após, traçar o alcance da indigitada norma para fins de vinculação à confecção de normas infra-constitucionais e, por fim, perquirir a viabilidade da proposta do novo dispositivo à luz do princípio do devido processo legal.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutoranda pela PUC/SP, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012-). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora da Obra “Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil”, pela LTr, ex-professora substituta da UFRN.

2. As liberdades sociais

Não é incomum encontrar na doutrina classificação que apõe todos os direitos sociais no patamar de direitos prestacionais², pois estes somente passaram a fazer parte das Constituições com o advento do Estado Social, o que parece ser pouco acertado.

O Estado Liberal clássico fundamentava-se na concepção dos sujeitos como indivíduos, que, por serem formalmente iguais, poderiam contratar livremente, pois o próprio mercado ditava as suas regras, sempre fundadas na autonomia da vontade, que, selada por meio de vinculação contratual, figurava como verdadeira “lei entre as partes”.

Nesse contexto, ao Estado cabia tão só o afastamento das relações privadas, criando regras no sentido de assegurar às partes convenientes o livre exercício da autonomia sem limitações. Não é difícil compreender que, durante tal período, os primeiros Direitos Fundamentais, antes tidos como “naturais” – uma vez que decorrentes do jusnaturalismo, e “reconhecidos” pelas novas codificações – passaram a ser positivados também através de documentos constitucionais, que tinham como objetivo assegurar a plenitude da propriedade e do direito à liberdade e que, por conta disso, foram concebidos sob a ótica negativista do Estado, cuja missão somente consistia em assegurar a plenitude de seu afastamento das relações firmadas entre os indivíduos.

O modelo do Estado Social surge não abandonando a modelagem já posta, mas substitui o paradigma firmado com o Estado Liberal, tendo-se que este, fundado no protótipo da igualdade entre os indivíduos, na prática, gerava um abismo de desigualdade.

Com o surgimento da sociedade de massa, as necessidades também se amplificaram e o direito teve que se reinventar e, se antes se idealizava abstratamente o ser humano como formalmente igual, a realidade mostrou que a liberdade plena mais escravizava do que libertava, sendo necessária uma intervenção legislativa protetiva e “desigual” para proteger o indivíduo, agora enxergado de forma concreta, havendo uma necessidade de fixação estatal de limites para a contratação.

O Estado passa, de abstencionista, para intervencionista e, nesse cenário, a classificação dos Direitos Fundamentais, que até então eram ligados à atividade estatal negativa, evoluiu para considerar esses “novos direitos” como direitos positivos, de prestação estatal.

Se é correto afirmar que o Estado Liberal e a função estatal abstencionista não foram totalmente ultrapassadas pelo surgimento do Estado Social, não menos correto é afirmar que nem todos os direitos sociais figuram como reais direitos a prestações, sendo certo que há direitos sociais que são verdadeiros direitos de liberdade, a exemplo de boa parte do rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, como o direito ao salário mínimo; irredutibilidade do salário; limitação da jornada de trabalho em oito horas,

² De acordo com Abramovich e Courtis (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011., p. 31), as classificações que inserem todos os direitos de liberdade como direitos de defesa e os de prestação como sociais, “estão baseadas numa visão totalmente parcial e ‘naturalista’ do papel e funcionamento do aparato estatal, que coincide com a posição antiquada de um Estado mínimo que garanta exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa”.



ou módulo semanal de quarenta e quatro horas; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; todos com previsão no artigo 7º do Texto Constitucional.

Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”³, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais”.

Na doutrina de Hermano Queiroz Júnior também se encontra presente a mesma conclusão, tendo o referido autor já pontificado que, dentre os direitos sociais elencados nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988, “muitos há que não se acham contemplados dentro do grupo de direitos fundamentais à prestação, mas, ao reverso, se enquadram no grupo dos direitos de defesa, na medida em que ostentam o caráter de direitos à abstenção”⁴, citando praticamente os direitos sociais trabalhistas defensivos já aludidos ao norte.

No artigo 8º da Lei Fundamental pátria é clara a previsão de legítimos direitos de liberdade, que são o direito de greve⁵, a liberdade e autonomia sindical, embora capitulados no rol dos Direitos Sociais, demonstrando que o Legislador Constituinte não discrepou entre colocar direitos prestacionais e de liberdade no capítulo dos Direitos Sociais do trabalhador, não fazendo qualquer distinção em relação à eficácia entre os mesmos, até por que não poderia, diante da cláusula presente no artigo 5º, § 1º da nossa Constituição.

Idêntica manifestação se mostrava na Constituição Portuguesa de 1976 em sua versão originária, onde diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente postos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, passaram a ser, a partir da revisão de 1982, elencados no título dos direitos, liberdades e garantias⁶, tendo Sarlet

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 174.

⁴ QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, São Paulo: LTr, 2006, p. 67.

⁵ Lançando luzes sobre a tese ora defendida, a doutrina de Martinez: “nenhum direito fundamental, entretanto, é, em rigor, unicamente defensivo ou prestacional. O seu exercício não pode acontecer sem que ações negativas e positivas sejam cumulativamente exigidas. Exatamente assim ocorre com o instituto da liberdade sindical, em nome do qual estão agregados todos os direitos que viabilizam a proteção do patrimônio jurídico dos trabalhadores, entre os quais o direito de greve e o de negociar coletivamente. Apesar de serem *posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva*, notadamente quando opostas contra o Estado, comportam, sem dúvidas, múltiplas faculdades de exigir ou de pretender ações positivas, seja para a promoção das condições de seu gozo efetivo, seja para a sua proteção contra terceiros” (MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124).

⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. In: Revista

atentado para o fato de que “esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo, tem sido oportunamente denominada de ‘liberdades sociais’⁷, integrando o que se poderia chamar – inspirados na concepção de Jellinek – de um ‘status negativus socialis’ ou ‘status socialis libertatis’⁸”.

Nesse mesmo passo, assegura Cristina Queiroz que a Constituição portuguesa de 1976 atualmente qualifica como “liberdades e garantias” – ou, simplesmente, liberdades sociais, pela doutrina – determinados direitos dos trabalhadores, verdadeiras pretensões defensivas, a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical, antes da aludida reforma, apenas tidos como meros direitos sociais⁹.

Miranda, após afirmar que a designação complexa de direitos, liberdades e garantias não é corrente no estrangeiro, assevera que a liberdade sindical e o direito de greve, previstos respectivamente nos artigos 55º e 57º da Constituição portuguesa de 1976, são legítimos exemplos de liberdades¹⁰.

Sem embargo, como já verificado nesse mesmo capítulo, todos os Direitos Fundamentais, de defesa ou sociais (prestacionais ou não) são de liberdade¹¹, pois é impossível o indivíduo alcançar qualquer patamar socialmente justo e digno¹² sem que lhe sejam assegurados direitos mínimos pelo Estado, tanto é assim que, em regimes constitucionais onde não se tem um rol de direitos sociais, a própria jurisprudência se encarregou de firmar determinadas tarefas estatais, como o fez o Tribunal Constitucional alemão, com a noção de “mínimo existencial”, já que a Lei Fundamental de 1949 praticamente não trata de Direitos Sociais.

Isso é algo até curioso, já que em terras germânicas a referida Corte extraiu do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana a construção sobre o mínimo existencial e aqui, em terras brasileiras, mesmo com um imenso rol de direitos sociais prestacionais e de defesa, a doutrina e a jurisprudência ainda relutam em creditar

Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

⁷ Como pontifica ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007, p. 385, quando faz remissão às liberdades sociais presentes na Constituição portuguesa, indicando o direito de greve e a liberdade sindical como legítimos representantes das ditas liberdades.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

⁹ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra Editora, 2002, p.27.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2, ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 93.

¹¹ “No existen derechos de libertad, por un lado, y derechos de igualdad, por outro: todos los derechos son de libertad, incluso aquéllos que aportan un elemento igualitario, como es el caso de los económicos y sociales, al potenciar y reforzar dicho elemento la libertad para todos. [...] Por ello, al analizar la estructura de los derechos soiales, se comprueba – aunque persistan notables rasgos distintivos – la inexistencia de una fractura radical com los tradicionales derechos de libertad” (IBARRECHE, Rafael Sastre. **El derecho al trabajo**. Madrid: Editora Trotta, 1996, pp. 71-72).

¹² Nesse tocante, Gabriela Neves Delgado atesta que o direito ao trabalho, sobretudo o direito ao trabalho digno faz parte desse patamar mínimo (**Direito fundamental ao trabalho digno**, São Paulo: LTr, 2006).



plena eficácia a alguns direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho, assim compreendido como direito subjetivo não a um posto de trabalho, mas sim, pelo menos, como respeito ao posto ativo de trabalho, não podendo o empregado ser despedido sem que haja um motivo.

Essa também é a doutrina de Jorge Miranda, para quem, ao revés de existir uma separação estanque entre direitos negativos e direitos positivos, há intercomunicação entre eles, pois, enquanto o paradigma liberal pregava a liberdade abstrata, a ideia presente no modelo social não despreza a liberdade, mas entende que esta somente é alcançada com a igualdade material entre os indivíduos, mediante forte intervenção estatal, pois:

igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexiste ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito de direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*¹³.

Se se observar atentamente o Capítulo II do Texto Constitucional, facilmente se perceberá que a própria Lei Fundamental estabeleceu uma limitação, um patamar mínimo, fixando diretrizes que deverão ser cogentemente observadas quando da pactuação empregatícia, sendo correto afirmar que, abaixo do patamar estabelecido constitucionalmente, não é possível qualquer contratação individual.

No tocante à negociação coletiva, a Carta Política foi mais benevolente, permitindo que alguns direitos pontuais, a exemplo do salário e da jornada de trabalho, possam ser pactuados pelos sindicatos, em pleno exercício da autonomia privada coletiva. Assim, é possível afirmar que a limitação firmada na Constituição pátria é total em relação às partes individualmente, mas relativa em termos coletivos¹⁴.

Mais acertado ainda parece afirmar que dito patamar constitucional mínimo figura como verdadeiro direito defensivo, não podendo sequer ser o seu espectro protetivo diminuído, por força do *caput* do artigo 7º da nossa Constituição, segundo o qual todo o rol que se segue é apenas exemplificativo, pois outros direitos sociais do trabalhador poderão ser previstos ordinariamente, não podendo haver alteração a menor, significando

¹³ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 96-97.

¹⁴ Eis a lição de Maurício Godinho Delgado: “não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho” (**Introdução ao direito do trabalho**: relações de trabalho e relação de emprego. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 197).

dizer que há uma barreira estatal, uma defesa em face de alterações *in pejus*, mais próxima ao direito de liberdade do que ao prestacional¹⁵.

3. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade

Ao doutrinar sobre o direito a algo, ou pretensão, Alexy estabelece que a sua estrutura segue a clássica relação triádica, composta do portador, ou titular do direito, do destinatário (nesse trabalho compreendido como o Estado ou o particular) e o objeto do direito, mais adiante dispendo que o indigitado direito a algo se bifurca em direitos a ações negativas, ou direitos de defesa, e direitos a ações positivas. Os primeiros são triplicemente divididos em “direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas”¹⁶, enquanto os segundos são subdivididos em “direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas”.

Analisando a estrutura normativa presente no artigo 7º, I da nossa Constituição, é fácil perceber que o dispositivo, quando estabelece proteção contra a despedida arbitrária, evidentemente tendo como destinatário um particular – empregador –, não contempla qualquer direito a ação positiva por parte deste. Ao revés, está ali presente um legítimo direito de defesa, de afastamento, abstenção, tendo-se que ao empregador, diante do regramento constitucional, é dirigida a ordem estatal de não eliminação da posição jurídica do empregado, havendo clara limitação à livre iniciativa.

Mais claramente falando, o Legislador abstratamente já ponderou os interesses constitucionalmente tutelados, fixando tal limitação e estabelecendo que, diante da colisão entre o princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da liberdade natural de trabalhar, extraído do direito ao trabalho (CRFB/88, artigo 6º), prevalece este¹⁷.

É dizer, o Legislador constituinte já estabeleceu abstratamente uma limitação à liberdade empresarial, não podendo o empregador destituir o empregado de seu status sem que haja um motivo não arbitrário para tanto. Assim agindo, o empregador pratica um não fazer, abstendo-se de despedir o empregado de forma arbitrária.

Nesse trilhar, já doutrinou Fábio Gomes, afirmando que o artigo 7º, I da Lei Fundamental pátria, embora qualificado como um direito social, “é outro dispositivo que não se encaixa naquele velho figurino doutrinário, eis que tem por finalidade, não uma prestação

¹⁵ Fábio Rodrigues Gomes (**O Direito Fundamental ao Trabalho**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, 178), dissertando acerca das diversidades atinentes ao direito de defesa e o direito à proteção, assevera que não se deve confundir a função defensiva dos direitos fundamentais com a categoria dos direitos de defesa, pois “a primeira é inerente a qualquer direito fundamental e implica, não a exclusão do Estado, mas, sim, a sua intervenção (subsidiária) em determinadas hipóteses [...]. A segunda, representa os direitos de liberdade voltados *contra* o Estado, bloqueando normativamente a sua intervenção indevida”.

¹⁶ Op. cit., p. 193 e ss.

¹⁷ Nesse particular, não há concordância com a doutrina utilitarista de Fábio Gomes (op. cit., p. 221), para quem o artigo 7º, I da Constituição de 1988 encerra direito (poder ou competência) potestativo do empregador despedir sem qualquer motivação, desde que pague indenização legalmente prevista, constituída na multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, até que venha uma lei complementar para regulamentar montante indenizatório maior que o já “transitoriamente” previsto.



material, mas, sim, evitar a intervenção desmedida do empregador no trabalho continuamente executado por seu empregado”. E ainda assegura, com esteio na lição de Sarlet, que “não por outro motivo, é chamado por alguns de direito social negativo”¹⁸.

À mesma conclusão chegou Alinie da Matta Moreira, ao afirmar que alguns direitos sociais se revestem da qualidade de típicos direitos de liberdade, e que a proteção contra a despedida arbitrária é um desses exemplos¹⁹.

Também Cristina Queiroz, analisando a necessidade de intervenção legislativa no direito à segurança no emprego e, especificamente a proteção dos trabalhadores em face ao despedimento, previsto no art. 53 da Constituição portuguesa de 1976, atribuiu o epíteto de “direito de defesa” a tal proteção²⁰.

Nunca é demais lembrar que o argumento da reserva fática do possível não é capaz de vincular fortemente só os direitos sociais, sendo mais correto se falar em uma vinculação “fraca” de todos os Direitos Fundamentais à reserva do possível, no caso específico da proteção em face da despedida arbitrária, por ser esta um autêntico direito de defesa, ou liberdade social, como interpretado pela doutrina portuguesa já referida no item anterior. Não há qualquer vinculação à reserva do possível fática e, por tal motivo, a eficácia imediata e plena justiciabilidade da primeira parte do dispositivo constitucional é evidente, pois imposta diretamente como abstenção ao particular – empregador –, para que este não destitua o empregado de seu posto de emprego sem que haja um motivo não arbitrário para tanto.

4. Direitos fundamentais como sistema de valores

Segundo a clássica doutrina do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais somente eram entendidos consoante a lógica estatal abstencionista, para que fosse assegurado o direito de liberdade do indivíduo; racionalidade que trazia à reboque a ideia de que a Constituição era um mero documento político, inferior à Lei, o que desembocava no não desenvolvimento do próprio Direito Constitucional, que evoluía paulatinamente, enquanto o Direito Civil crescia, imbuído de teorias que justificavam a sua superioridade.

O cenário narrado era bastante compreensível, diante da tradição jurídica presente ao longo de séculos e disseminada pelo mundo ocidental através do povo romano. Até o jusnaturalismo, no afã de se fazer mais perene, havia sido codificado²¹, fazendo-se crer que algo não presente na legislação não era valorado pela sociedade. Era chegada a época de um jusnaturalismo racional.

¹⁸ GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit., p. 204.

¹⁹ MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 44.

²⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra Editora, 2002, p. 178.

²¹ Atente-se para o capítulo I, quando foi abordada a chegada das codificações e, com isso, a segurança através da Lei.

Esse cenário positivista, que afastava a moral, a ética e a justiça do Direito, fez-se presente em todo o século XIX, auge das ideias liberais, perdurando fortemente na doutrina civil e constitucional até meados do século XX, momento em que houve uma mudança substancial de racionalidade e, pouco a pouco, a hermenêutica constitucional passou a admitir a permeação do Direito pela moral, constitucionalizando, por assim dizer, o próprio Direito, agora imbuído de valores que se irradiavam para todas as esferas governamentais e até para as entidades privadas, algo impensável segundo a lógica liberal-burguesa.

Para tanto, foi necessário que o mundo testemunhasse as barbáries praticadas pelo holocausto, onde o ser humano foi menosprezado, não dignificado, e tratado como meio para o alcance de um fim que se pretendia legítimo.

Na Alemanha, país responsável tanto pelo cenário horrendo narrado, quanto pela própria modificação do pensamento positivista e virada Constitucionalista, a Constituição de Weimar, hoje plenamente reconhecida como uma das primeiras no mundo a tratar sobre os Direitos Sociais, sequer concebia os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, omissão que terminou sendo decisiva para fazer com que Hitler retirasse a cidadania dos judeus e iniciasse a perseguição destes pelos mais diversos recantos da Europa.

Terminada a Guerra, na Alemanha, em 1949, foi publicada a Constituição de Bonn e dois anos após, em 1951, foi criado o Tribunal Constituição Federal, composto por juristas contrários às ideias que justificavam o holocausto, fato peremptório para a modificação da hermenêutica constitucional, que passou entender os Direitos Fundamentais como um sistema de valores, racionalidade que foi construída a partir de um julgado, mas plenamente desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, influenciando diretamente a interpretação dos princípios como normas, a eficácia dos Direitos Fundamentais entre os particulares – o que se denominou chamar de eficácia horizontal – e o alcance dos direitos de liberdade, agora entendidos sob a ótica também objetiva.

Tal interpretação modificou de vez a própria concepção dos Direitos Fundamentais Sociais, que passaram a se desenvolver, também, sob o aspecto protetivo, não só fático, mas, sobretudo, jurídico.

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada pelo influxo interpretativo das normas constitucionais campeado na Alemanha e é justamente esse o motivo por que se faz necessária a análise da construção germânica dos Direitos Fundamentais como valores, já que a jurisprudência pátria ainda é carente de avanço científico nesse sentido²².

²² Veja-se, por exemplo, julgado colhido do Supremo Tribunal Federal, onde não se admite Recurso Extraordinário, a não ser por ofensa direta à Constituição: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279 – STF. I. – Somente por ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. – Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é ofensa direta, frontal. III. – Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV. – Incidência, no caso, da Súmula 279 – STF. V. – Agravo não provido. STF – AI – AgR 481215/RJ, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 24.02.06.



Se for possível fixar o momento da mudança narrada, esse foi o julgamento do que se denominou caso Lüth.

Em 1950, durante a realização de um festival cinematográfico ocorrido em Hamburgo, o então presidente do Clube de Imprensa, Erich Lüth, além de expor publicamente o diretor de “Amantes Imortais”²³, Sr. Veit Harlan, acusando-o de grande disseminador das ideias nazistas através da Sétima Arte, também organizou um boicote juntamente aos distribuidores de filmes.

Harlan e os parceiros comerciais ajuizaram uma ação cominatória em face de Lüth, com fulcro no § 826 BGB, dispositivo da Lei civil alemã que obrigava todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa – no caso, deixar de boicotar o filme –, sob a cominação de pecúnia.

A referida ação teve o pedido julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, então, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5 I 1 GG²⁴.

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os Direitos Fundamentais, a despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos²⁵ de uma comunidade e, como tais, se espraiam por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, dentre elas, o próprio Poder Judiciário, que passa a ter como principal função interpretar a Constituição e as Leis, de modo a dar afetividade aos Direitos Fundamentais.

Nas palavras de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”, pois, eles “valem juridicamente também do ponto de vista

²³ Nesse, assim como em outros filmes, dirigidos pelo Sr. Harlan, há forte incitamento à violência em face dos judeus.

²⁴ SCHWABE. Jügen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

²⁵ No dizer de Pérez Luño (op. cit. p. 21): “*en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aún ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados*”.

da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”²⁶, que é, em outras palavras o próprio dever de protecção estatal em relação aos indivíduos.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopesamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser – como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo –, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom – como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito²⁷.

Evidente que a assim denominada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de “frouxo”, argumentando que:

ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o carácter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários²⁸.

Informa Steinmetz²⁹ que a teoria axiológico-sistêmica também encontrou na doutrina de Forsthoff grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, “a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica”, tornando “inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o carácter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso”.

Tomando emprestadas as palavras de Sarmento, “não se afigura necessária a adesão” à teoria da ordem de valores para “aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para o reconhecimento dos dois efeitos práticos mais

²⁶ **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 109.

²⁷ Op. cit., p. 144 e ss.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003, p. 231.

²⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107-108.



importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção³⁰. E é sobre isso que se tratará a seguir.

5. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais

A fim de orientar o alcance da teoria axiológica dos Direitos Fundamentais, na década de oitenta, Alexy indicou como única forma viável de se interpretar o caráter objetivo dos referidos direitos, a técnica da abstração de toda e qualquer noção subjetiva.

Nesse desiderato, pontuou o referido publicista, que apenas com uma *tríplice* abstração é possível fazer aparecer o caráter objetivo do direito³¹.

Para tanto, o autor utiliza o direito à liberdade de expressão (caso Lüth), afirmando que, ao se realizar a primeira abstração (do titular), converte-se um *dever relacional* (que possui um direito subjetivo como contrapartida) em um *dever não-relacional*, ou seja, uma obrigação sem um direito subjetivo correspondente, que gera apenas um dever *prima facie* de o Estado atuar, de modo a se omitir de intervir na liberdade de opinião.

Todavia, para alcançar um “nível supremo de abstração”, é necessária a feitura de uma segunda abstração (do destinatário do direito) para, então, abstrair algumas particularidades do objeto (omissão de intervenção estatal). Como resultado final, haverá somente um “simples dever-ser” da liberdade de expressão, o que o Tribunal Constitucional Federal intitulou de “decisão básica jurídico-objetiva”, e o autor de “norma básica que decide valores”, que “se irradiará por todos os âmbitos do ordenamento”³².

A partir dessa concepção irradiante dos Direitos Fundamentais, doutrina e jurisprudência germânicas evoluíram para outros conceitos que redundaram profundamente no aprimoramento da eficácia e efetividade das normas constitucionais, como, por exemplo, a assim denominada eficácia horizontal, ou vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.

A teoria axiológica encontra no Direito constitucional brasileiro ampla possibilidade de aplicação, tendo-se que a Constituição Federal de 1988 é eivada de valores, positivados ou não, como, por exemplo, o valor social do trabalho, que, devidamente refletido, impediria qualquer denúncia vazia contratual por parte do empregador.

Nesse trilhar, fácil é perceber que as normas constitucionais, para além do conteúdo subjetivo, encerram valores que se irradiam para os mais diversos ramos do Direito, não só civil, mas também penal, econômico e, sobretudo, do trabalho, encontrando nos conceitos jurídicos indeterminados (bons costumes, ordem pública, boa-fé, abuso de direito) um forte campo para aplicação dos valores consagrados no Texto Constitucional.

³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006, p. 123.

³¹ Op. cit., p. 508.

³² GOMES, Fábio. Op. cit., p. 104.

6. O alcance do artigo 7º, I, diante da regra contida no artigo 5º, § 1º Constituição Federal de 1988

Os Direitos Fundamentais, assim entendidos segundo a versão de direitos à prestação, podem ser subdivididos em direitos a proteção, estes bipartidos em prestações materiais e prestações jurídicas; e direitos à organização e procedimento.

Também foi pontuado que a hermenêutica constitucional contemporânea, aqui adotada, entende a Constituição como ordem de valores e os Direitos Fundamentais como normas-princípios, que vinculam todas as atividades estatais, impondo-se para que o Estado legisle e crie políticas públicas para efetivá-los, irradiando-se, inclusive para os particulares, para que estes também observem em suas relações privadas os ditos Direitos.

Interessa nesse momento apenas a localização dos Direitos Fundamentais como direitos a prestação jurídica, máxime a proteção contra a despedida arbitrária (aqui entendida como despedida sem qualquer motivação), tendo-se que a Constituição em seu artigo 7º, I estabeleceu tal direito e o Estado-Legislator, passados quase trinta anos, ainda não cumpriu o seu dever constitucional, assumido já no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, no tocante ao desiderato de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e a liberdade.

A regra contida no indigitado artigo 7º, I do Texto Constitucional encerra norma constitucional de eficácia plena, assegurando a proteção em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo a Constituição ao Legislador apenas a previsão de indenização pela dispensa e o modo como tal deverá ser processada.

Apesar da evidente conclusão retro exposta, não há qualquer novidade em afirmar que doutrina e jurisprudência dominantes pensam exatamente o oposto, que o dispositivo contém regra de eficácia limitada, não podendo ser aplicado até que venha uma norma infraconstitucional tratando sobre o assunto, conclusão que por si só atenta contra a supremacia, a máxima efetividade e a força normativa da Constituição, tendo-se que não é crível que passados tantos anos da promulgação da Lei Maior, ainda penda de “regulamentação” tal direito fundamental social, quando a própria Constituição em seu artigo 5º, § 1º prevê que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

É certo que, não obstante esse último mandamento constitucional, nem todos os Direitos Fundamentais possuem imediata eficácia, pois não é incomum encontrar no Texto Constitucional normas que, para alcançarem a plena aplicação, dependem de norma que as regule³³, destrinchando o Direito Fundamental ao patamar ordinário, o que não significa que a norma fundamental possua nenhuma eficácia, pois há sempre uma vinculação negativa e positiva dos Poderes Públicos, no sentido de não se ignorar o traçado já posto na Constituição, assim como o dever de agir para maximizar o Direito Fundamental correspondente na Legislação ou através dos julgados.

³³ Como, por exemplo, a regra contida no art. 7º, X da CRFB/88, que protege o salário na forma da lei, constituindo crime a retenção dolosa deste, devidamente atrelada ao princípio estrito da legalidade.



Nesse sentido, importa muito mais saber se o direito analisado possui alta ou baixa densidade normativa e assim assegura Sarlet, afirmando que a Constituição de 1988 consagrou variada gama de Direitos Fundamentais Sociais e “considerou todos os Direitos Fundamentais Sociais como normas de aplicabilidade imediata” e que boa parte dos Direitos Fundamentais Sociais são, na verdade, direitos de defesa (classicamente de eficácia imediata), mas carentes de “concretização legislativa”, o que não significa a ausência de aplicação do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, sendo relevante saber se a norma constitucional é dotada de “baixa densidade normativa”³⁴.

Prossegue o citado publicista, asseverando que a “melhor exegese contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, uma espécie de mandamento de otimização (ou maximização)”³⁵.

Ou seja, a conclusão do autor guarda simetria com o quanto analisado neste trabalho, no tocante à vinculação de todos os poderes públicos aos Direitos Fundamentais, sendo do Estado a tarefa de maximizá-los, através do processo legislativo de proteção, na efetivação de políticas públicas materiais e efetivas voltadas à concretização dos valores já postos na Constituição e, sobretudo, por meio do Estado-Juiz, a quem cabe também o dever de interpretar o Texto Constitucional de modo a dar máxima efetividade às normas fundamentais.

Vale lembrar a doutrina de Canotilho, já anunciando a “morte” das normas constitucionais programáticas, por entender que todas as normas constitucionais “têm força normativa independentemente do acto de transformação legislativa” e que essa concepção é diversa de “saber em que termos uma norma constitucional é suscetível de aplicação direta e em que medida é exequível por si mesmo”³⁶.

Se é certo afirmar, com se fez ao norte, que nem todos os Direitos Fundamentais podem ser automaticamente invocados e aplicados, por força da regra contida no artigo 5º, § 1º da Constituição, não menos certo é defender que os aludidos direitos possuem, em relação aos demais direitos constitucionais, “maior aplicabilidade e eficácia”. Isso não significa que entre os Direitos Fundamentais não possa haver conflito, aqui importando mais ainda saber se, no caso concreto, o respectivo Direito Fundamental colide com outro de mesma hierarquia, a densidade normativa de cada um deles, bem como o valor constitucional que cada um encerra, pois, “negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significa, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”³⁷.

Nesse trilhar, outro ponto que merece análise é a eficácia e o alcance dos Direitos Fundamentais Sociais do Trabalhador, sendo certo que topograficamente a proteção

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 268.

³⁵ Op. cit., p. 270.

³⁶ Op. cit., p. 1161.

³⁷ SALET, op. cit., p. 272.

contra a despedida arbitrária ou sem justa causa está localizada na parte constitucional que trata dos Direitos Sociais dos obreiros.

É o que será abordado no próximo tópico.

7. Eficácia plena da primeira parte do artigo 7º, I Constituição Federal de 1988 e a antijuridicidade da despedida imotivada

A primeira parte do artigo 7º, I do Texto Constitucional contém norma de eficácia plena, sendo *proibida* a despedida sem motivação pelo empregador³⁸, a assim denominada denúncia vazia³⁹, pois o próprio Legislador Constituinte já afirmou que é direito de todos os empregados urbanos e rurais a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (alguma causa há de ter!), relegando ao Legislador infraconstitucional apenas a confecção de Lei Complementar para tratar sobre a hipótese de indenização por conta da despedida com tais características.

Assim sendo, não há falar em norma constitucional de eficácia limitada, como professa a interpretação dominante, mas sim em norma de eficácia plena, na primeira parte, com baixa densidade normativa na segunda parte, não se permitindo constitucionalmente que o empregador se utilize da faculdade resilitiva que lhe é outorgada pela Lei, despedindo o respectivo empregado sem qualquer motivação, pois, ao revés do quanto majoritariamente defendido, a ordem emanada da Constituição é no sentido da proteção contra a despedida arbitrária, sem motivo, vazia e sem justa causa⁴⁰, em defesa do valor constitucional maior da dignidade do trabalhador, que informa o próprio direito ao trabalho, presente no artigo 6º da Constituição.

O paradigma dominante, assim entendido como a permissão de o empregador despedir sem qualquer apresentação de motivos, esvazia todo o conteúdo protetivo da Constituição e não se coaduna com o Estado, Legislador ou Juiz, vinculado aos valores constitucionais.

É de notar, inclusive, que a despedida sem motivação é ato antijurídico⁴¹ e contrário ao Texto Constitucional, sendo essa a única interpretação viável e possível para quem

³⁸ Em percuciente abordagem sobre o tema, a lição de Edilton Meireles (**Abuso do direito na relação de emprego**, op. cit. p. 198), para quem: “a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação”.

³⁹ Para Ceneviva, o indigitado dispositivo não é auto-aplicável, mas limita o poder de comanda da empresa, “que tem discricção, mas não arbítrio de rescindir imotivadamente o contrato de trabalho, sob pena de indenizar o trabalhador” (CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2003, p. 95.

⁴⁰ Nesse particular, a lógica leva a concluir que se o Legislador proibiu a despedida sem justa causa, alguma causa, pelo menos, deve ser apresentada, para que seja analisada se é justa ou não.

⁴¹ À mesma conclusão chegou Virgínia Leite Henrique, assegurando que “a dispensa arbitrária (injusta



vislumbra a Constituição segundo uma ordem axiológica, tendo em conta o valor social do trabalho e o exercício do direito de propriedade segundo a sua função social.

Faça-se um pequeno teste, que pela sua simplicidade chega até a ser pueril. Se o Legislador regulamentar o art. 7º, I da nossa Constituição, jamais poderá fazê-lo para dizer que a despedida do empregado pelo empregador pode se dar sem motivação, de forma vazia, pois o Estado-Legislador é objetivamente vinculado à Constituição e esta já traça a diretriz de “relação protegida contra a despedida arbitrária” e não o contrário⁴². Seria inconstitucional, portanto, qualquer norma que intentasse “desproteger” a relação de emprego em face da despedida arbitrária, até porque a suposta norma se atritaria diretamente com o caput do artigo 7º da Constituição de 1988, que traça o perfil evolutivo das normas trabalhistas e não o inverso.

Lançando luzes sobre a conclusão já exposta, José Afonso da Silva, comentando o alcance do art. 7º, I da CRFB/88, concluiu:

temos para nós que a garantia do emprego é um direito por si bastante, nos termos da Constituição – ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata; de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (‘despedida arbitrária’ e ‘justa causa’) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória de garantia de permanência no emprego. indenização não é garantia da relação de emprego. como se vê no texto, é uma medida compensatória da perda de emprego. se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da conservação, e não o da sua substituição. Compreendido o texto especialmente em conjugação como § 1º do art. 5º, aplicável aos direitos do art. 7º - que se enquadram também entre os direitos e garantias fundamentais – chega-se à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida⁴³.

O regramento previsto no artigo 7º, I do Texto Constitucional contém o que Alexy⁴⁴ consagrou como “reserva simples” a um Direito Fundamental, tendo-se que o Legislador é instado, pela própria regra, a regulamentar o respectivo direito já assegurado na Constituição, mas este é também vinculado ao modelo já traçado pela Lei Maior.

ou imotivada) coloca-se **fora** do ordenamento jurídico” (Dispensa arbitrária ou sem justa causa. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). **Dicionário: Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 2012, p. 376, 376-385.

⁴² Em outras palavras, a mesma conclusão: “O direito fundamental a uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária esvazia-se, se condicionarmos seu exercício a uma atuação legislativa desnecessária, porque terá de dizer o óbvio. Ora, mesmo sob a perspectiva da eficácia indireta dos direitos fundamentais, a doutrina é unânime em reconhecer a necessidade de conformação do sistema jurídico às normas constitucionais. Logo, seria inconstitucional qualquer legislação que propusesse a ausência do dever de motivação do ato de denúncia do contrato. A lei, a ser editada a partir da ordem contida no inciso antes referido, terá necessariamente que disciplinar os motivos da despedida lícita e as consequências da perda do emprego. Ou seja, explicitar o dever já contido no dispositivo constitucional” (SEVERO, Valdete Souto. Op. cit., p. 197).

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 193.

⁴⁴ Op. cit., p. 130.

É dizer, o Legislador ordinário não poderá jamais “desproteger” o empregado, permitindo a despedida arbitrária, diante de tal limitação. Ademais, atentando-se ao princípio da unidade do Texto Constitucional, fácil é perceber que a livre iniciativa que fundamenta a faculdade de o empregador dispensar o empregado não é absoluta; ao revés, encontra limites postos pela própria Constituição, através da vedação à despedida arbitrária e o exercício da propriedade segundo a sua função social.

Se é certo que há uma evidente limitação à atividade do Legislador ordinário, não menos certo é afirmar que a limitação constituída em torno da vedação à despedida arbitrária – aqui entendida como a denúncia vazia – é também ordem dirigida diretamente ao particular empregador, que, como já assegurado, não detém ilimitados “poderes” diretivos, já que tais teoricamente decorrem do exercício do direito de propriedade e do princípio da livre iniciativa, sendo aquele vinculado à sua função social e este limitado ao regramento já posto na Constituição ao redor da vedação à despedida arbitrária.

Toda a ordem constitucional proíbe o arbítrio e essa ideia foi algo construído pelos povos ocidentais, criando um paradigma que se irradiou, inclusive para as relações civis pátrias, que sequer permitem que a resolução de um contrato possa ser invocada por puro arbítrio de uma das partes contratuais, como prevê o artigo 122 do nosso Código Civil. Ora, se até a Legislação civil, que tem como paradigma a ideia ancestral de igualdade entre as partes convenientes⁴⁵, não permite tal forma de resolução contratual, com muito mais razão as relações trabalhistas devem ser guiadas pela mesma racionalidade⁴⁶.

O artigo 7º, I do Texto Constitucional é claro ao estabelecer hipótese de indenização, prevendo que o empregado despedido sem justa causa ou imotivadamente terá reparação patrimonial, não sendo difícil concluir que, se a Constituição previu indenização para o empregado contra ato arbitrário do respectivo empregador, é porque o considera ato ilícito, contrário ao Direito, como determina o artigo 927 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Pensar o contrário é permitir que o empregado se locuplete ilicitamente ao receber indenização, pois está recebendo pecúnia do empregador, que agiu lícitamente, diante do seu “direito potestativo” de despedir.

Não se vê como possível qualquer outra interpretação, sobretudo a em voga, no sentido de um suposto direito potestativo de o empregador despedir com arbítrio, que contraria não só o próprio Texto Constitucional em sua literalidade, mas também ignora toda a evolução já traçada nesse trabalho acerca da proibição do arbítrio.

A inércia do Estado-Legislator é evidente nesse tocante e não se justifica pela realidade que se apresenta aos olhos mais atentos, quando é perceptível que o invocado direito potestativo de despedir com arbítrio do empregador permite, no mais das vezes, que este tenha por resílios determinados contratos de empregados não muito interessantes à livre

⁴⁵ Ideia, é verdade, um pouco sufragada entre nós pelo advento dos institutos da lesão, boa-fé objetiva e função social da propriedade na codificação civil atual.

⁴⁶ Atente-se para o último capítulo, onde é foi elaborada uma maior abordagem sobre essa mesma questão, que ora serve tão somente como premissa para o raciocínio.



iniciativa e que “precisam” ser descartados⁴⁷, como os doentes não amparados pela previdência social, os que estão em vias de adquirir determinados vencimentos pelo longo tempo na empresa, ou, simplesmente, porque há a possibilidade de contratar pessoal com menor custo.

Pensar que não há inércia ou omissão por conta da regra supostamente transitória contida no artigo 10 do ADCT é outra excrescência interpretativa. O referido dispositivo se pretende transitório, para teoricamente suprir a carência de Lei Complementar presente no artigo 7º, I da Constituição, mas, apesar disso, há quase um quarto de século serve como paliativo para conter a inércia do Estado.

Também é fácil encontrar na doutrina e na jurisprudência⁴⁸ posicionamento no sentido de que a “estabilidade” é incompatível com o regime do FGTS e, portanto, toda a indenização a que o empregado teria direito já está contida no artigo 10 do ADCT.

Ora, uma coisa não tem nada a ver com a outra. O artigo 7º trata, em incisos diferentes e apartados, do direito do empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e do direito ao FGTS, respectivamente, incisos I e III, o que já demonstra que aquela indenização presente no indigitado artigo 10 do ADCT refere-se à indenização transitória, para suprir a falta da Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I, tratando, coincidentemente, sobre a elevação da multa pela despedida sem justa causa ou arbitrária, o que não significa dizer que esta indenização se confunde com a multa de 40% prevista na Lei n. 8.036/90.

É dizer, se vier a Lei Complementar, esta preverá indenização compensatória à despedida arbitrária ou sem justa causa, regulamentando o art. 7º, I do Texto Constitucional, mas isso não implicará que a multa de 40% incidente sobre o FGTS deixará de existir, pois a primeira indenização referida tem previsão constitucional no aludido dispositivo e a outra indenização, encontra amparo legal no inciso III do art. 7º da Constituição, esmiuçado ordinariamente pela Lei n. 8.036/90, que trata exatamente da multa de 40% incidente sobre o FGTS.

8. Inconstitucionalidade da autorização da despedida coletiva imotivada

No contexto individualista e desgarramento dos direitos fundamentais, o PLC n. 38/17 prevê em seu artigo 477-A que “as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

⁴⁷ Sobre o tema, a percuente abordagem de SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir – a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. In.: **Revista LTr.** v. 74, n. 02, fev/2010, p. 74-02/242-74-02/250.

⁴⁸ Veja-se, por exemplo, a decisão do TST, já transcrita nesse capítulo, resolvendo sobre a despedida sem qualquer motivo de empregado contratado há mais de vinte anos pela mesma empresa.

Ora, é certo que o Estado-Legislator é insuficiente, em ofensa ao dever de proteção que decorre do próprio Estado Social, mas o artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 estabelece um dever de legislar e tal dever não deve ser cumprido de forma ilimitada. Ao revés, qualquer regulamentação infraconstitucional acerca do indigitado dispositivo constitucional, obrigatoriamente deve observar o regramento segundo o qual a proteção contra a despedida arbitrária é um direito fundamental do trabalhador. É dizer, o Estado-Legislator, por ser objetivamente vinculado às normas constitucionais, tem por obrigação que exercer o seu mister, de modo a não invadir ou esvaziar o conteúdo do Texto Constitucional e, preferencialmente, até, elevar a condição social do trabalhador, por força do quanto estatuído no *caput* do artigo 7º da Carta Política de 1988.

Ao ter o Estado-Legislator estabelecido que as despedidas coletivas ou plúrimas se equiparam às individuais, partiu necessariamente do pressuposto segundo o qual a Constituição Federal de 1988 permite a denúncia contratual individual vazia, quando o que lá está contido é justamente o contrário. Sem embargo, conforme já analisado, a primeira parte do artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 assegura aos empregados a proteção contra a despedida arbitrária e esta, no moldes traçados pelo artigo 165 da CLT, é aquela não fundada em motivo técnico, econômico, financeiro ou disciplinar.

Em outras palavras, o Estado-Legislator é objetivamente vinculado às normas constitucionais e, assim sendo, a proposta trazida pelo artigo 477-A do PLC n.38/17, no sentido de esvaziar o conteúdo protetivo previsto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 é materialmente inconstitucional.

9. A inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal

No dia 13 de janeiro de 2009, a EMBRAER, sob a alegação de reduzir os custos decorrentes da crise econômica global, resolveu despedir 20% do quadro de seus empregados (aproximadamente 4.400 trabalhadores, de um total de cerca de 22 mil), tendo a empresa alegado que a drástica decisão, embora dura, era necessária para preservar outros 17 mil postos de trabalho.

O ato empresarial, logicamente, ensejou a atuação do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, que instauraram dissídio coletivo com pedido de medida liminar, pleiteando, primeiramente a cessação dos atos demissionários, bem como a reintegração dos empregados já despedidos, afirmando as agremiações que o ato perpetrado pela empresa era “antijurídico”, posto contrário ao artigo 7º, I da Constituição, antagônico aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações, além de ser abusivo e ofensivo à boa-fé, pois a possibilidade da despedida coletiva não fora objeto de negociação prévia e sequer haviam sido notificados os empregados do desiderato patronal, atitude que se afasta do dever de informação pertinente à empresa.



A despedida coletiva nada mais é do que o somatório das dispensas individuais⁴⁹ e a razão da antítese ao poder de dispensa ilimitado é exatamente a mesma, tanto é assim, que nesse caso citado, o grande argumento empresarial foi afirmar que o direito brasileiro não possui regramento acerca da despedida coletiva e, como há um hiato legislativo, força seria concluir que os atos demissionais vazios são permitidos, somente gerando direito à indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, levantamento do valor na conta vinculada e pagamento das parcelas resilitórias já adquiridas, como férias e gratificações natalinas proporcionais, ideia também presente quando se trata de despedida individual.

Em sua primeira manifestação, datada de 26 de fevereiro, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas concedeu liminar suspendendo as rescisões contratuais, já feitas ou que viessem a ocorrer, até a data da audiência de conciliação, e requisitou da empresa a apresentação de balanços patrimoniais e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios. Na oportunidade, o Relator, Desembargador Sotero da Silva, disse haver “indiscutível interesse público na preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro”.

Fracassadas todas as tentativas conciliatórias, o TRT da 15ª Região julgou parcialmente procedente o dissídio coletivo e, em atenção à força normativa dos princípios, citando extensa e atualizada doutrina, declarou abusiva a demissão coletiva, diante da ausência de negociação coletiva prévia⁵⁰.

⁴⁹ Em sentido diverso do ponto de vista defendido, a lição de Delgado: “a despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado *lay-off*). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, *por si somente*, despedida coletiva. [...] Já a despedida coletiva atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma despedida maciça de rupturas contratuais” (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 1175-1176). O Des. José Antônio Pancotti, elaborou detida análise sobre o tema, afirmando que “na dispensa coletiva, a causa é única e o propósito é a redução do quadro de pessoal da empresa”, invocando a lição de Rua da Almeida, para quem a diferença entre dispensa individual e coletiva reside no fato desta se justificar por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa, ao passo que aquela pode ser arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural (PANCOTTI, José Antônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. In: **Revista LTr**. v. 74, n. 05, maio/2010, p. 05/529-05/541).

⁵⁰ CRISE ECONÔMICA – DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua da legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe preferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de Los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei n° 223/91, México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço

Embora se entenda que a dispensa em massa não precedida de fundamentos socialmente aceitos enseja a reintegração no emprego, exatamente por que o ato resilitório é nulo por abusividade e ofensivo à boa-fé e que isso enseja o retorno das partes ao *status quo ante*, sem qualquer impedimento da indenização compensatória, reconhece-se que essa decisão do TRT de Campinas foi um grande avanço na jurisprudência, pois se agasalhou o entendimento segundo o qual o empregador não possui poderes ilimitados de despedir, principalmente coletivamente, devendo o ato demissional coletivo ser sempre precedido de negociação com a agremiação, parâmetro este sequer previsto expressamente em lei.

Houve interposição de Recurso Ordinário por ambas as partes litigantes. A EMBRAER insistia que havia agido conforme a lei, almejando, com isso, a reversão da declaração de abusividade da greve, enquanto as agremiações ratificavam o pedido de reintegração de todos os empregados despedidos.

Em sede liminar, o Ministro Moura França suspendeu os efeitos da decisão de Campinas, afirmando em sua decisão que as resilições contratuais tiveram por base “comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica”.

Quanto à consideração de que a demissão teria violado o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o citado Ministro apançou que “o dispositivo, ao contrário do que se pensa, não assegura estabilidade ou garantia de emprego, e muito menos garante, de imediato, pagamento de indenização, pelo simples fato de que a fixação do valor desse título depende de lei complementar que, lamentavelmente, ainda não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional”. No tocante à necessidade de negociação coletiva prévia, foi dito que “não há, especificamente, nenhum dispositivo normativo que lhe imponha essa obrigação”.

Na Sessão de Dissídios Coletivos, a relatoria coube ao Ministro Maurício Godinho Delgado. Em votação apertada de cinco votos a quatro, foi confirmada a decisão anterior de manter as demissões, mas com a previsão do *iter*, constituído em torno da necessidade

na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.



de negociação coletiva anterior à rescisão contratual em massa, mas somente para casos futuros⁵¹.

Houve avanço na jurisprudência, sobretudo no tocante à indicação da necessidade de se proceder à negociação coletiva como medida profilática à despedida em massa, assim como restou vazado no voto do Ministro Relator, que “a proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo”.

Por outro lado, disse o Eminentíssimo Ministro, que a norma constitucional possui eficácia contida, dependendo o direito à indenização de regulamentação através de Lei

⁵¹ Pela importância da decisão, optou-se pela sua transcrição da ementa na íntegra: RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO, DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o fundamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional com a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a Direitos Humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inaceitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresas, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções da OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI da CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial (RODC-309/2009-000-15-00.4. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 06/09/2012).

Complementar (reintegração, então, nem pensar), o que é um contra-senso, já que se falou em máxima eficácia das normas constitucionais e novos paradigmas hermenêuticos, assim entendidos como o tratamento dos princípios como verdadeiras normas. Princípios estes que zelam pela dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho humano “e especialmente do emprego”, sem perder de vista que a propriedade deve sempre ter em vista a sua função “socioambiental”.

Embora o Tribunal Superior do Trabalho não tenha enfrentado a questão da vinculação dos particulares ao Devido processo legal, é certo que o Tribunal, ao prever a obrigatoriedade de um *iter* para a despedida em massa, nada mais fez do que estabelecer observância ao princípio-garantia constitucional aludido e é sobre isso que se falará nas próximas linhas.

10. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil

O direito às decisões motivadas deriva da cláusula do devido processo legal e esta, por ser disposição aberta, também comporta o direito de informação, que nada mais é do que uma pequena parcela do *due process of law*, e toda essa gama de garantias invade as relações privadas, sobretudo a relação de emprego, onde há forte poder social.

O direito de informação, enquanto fundamental, igualmente decorre do princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), permitindo que as partes convenientes possuam ciência contratual equivalente.

Há muito tempo doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação do devido processo legal nas relações privadas, mesmo que não haja previsão formal alguma nesse sentido no liame estabelecido entre as partes⁵². Isso ocorre, principalmente, por dois motivos: i) a referida cláusula é garantia constitucional fundamental e, como tal, é de observância obrigatória em todos os setores sociais, pois todo o aparato jusfundamental estabelecido na Constituição possui dimensão objetiva e efeito irradiante; ii) as relações privadas não podem servir de refúgio à penetração dos Direitos Fundamentais, sobretudo quando se tratam de pactuações eivadas de grande desequilíbrio entre as partes envolvidas, diante da existência de poder social.

Por pertinentes, eis a transcrição das palavras de Júlio Amaral:

tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja

⁵² Perceba-se que na relação de emprego o TST admite o devido processo legal na relação privada, mas desde que tal peculiaridade tenha sido prevista em ato empresarial interno (súmula 51), mas não como decorrente diretamente da Constituição. Tal entendimento deve ser revisto, diante da tese ora defendida, no sentido da incidência direta da cláusula do devido processo legal e outros direitos laborais inespecíficos na relação havida entre empregado e empregador.



ofensas ao conteúdo mínimo essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista⁵³.

Determinadas entidades privadas, a exemplo das associações, agremiações e entidades de classe, possuem poderes semelhantes ao Estado, como a faculdade de se fixar penalidades e aplicar sanções, inclusive com expulsão de seus integrantes.

Diante de tal poder privado, surge a necessária reflexão sobre a penetração da cláusula do devido processo legal nesse tipo de relação, sendo o direito à informação/motivação a micro parcela de tal cláusula, necessário à tutela maior, que é o acesso ao Poder Judiciário para que este possa analisar os motivos da aplicação da reprimenda, elaborando até um juízo de razoabilidade⁵⁴.

10.1 Entidades associativas e sociedades

Sociedades e associações, segundo o art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado, sendo ambas a reunião de pessoas com objetivos comuns. Diferenciam-se as associações das sociedades, pois aquelas são formadas pela união de pessoas organizadas para fins não econômicos, ao passo que nas sociedades a finalidade do agrupamento humano é elaborada com objetivos econômicos e lucrativos (art. 966).

Tais entidades privadas, seguindo a diretriz constitucionalmente traçada acerca da liberdade associativa (CRFB/88, art. 5º, XX), se organizam através da Lei e, principalmente, por meio de seus estatutos sociais, podendo estes prever regras de organização, funcionamento e comportamento da pessoa jurídica para com os seus membros e vice-versa.

Dentre as regras, os ditos estatutos podem instituir penalidades, ou sanções convencionais, devidas em caso de descumprimento de alguma regra estatutária ou legal, tais como advertências, multas, suspensões de direitos, ou, até mesmo a exclusão dos sócios/associados da entidade.

Nesse passo, é dever destas entidades privadas a observância do devido processo legal, constituído, dentre outras garantias, pela necessária motivação do ato punitivo, para que assim a sanção possa eventualmente ser analisada pelo Estado-Juiz, ainda que não haja previsão estatutária nesse sentido.

⁵³ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: **Revista do TRT - 9ª Região**. Curitiba ano 35, n.65, Jul./ dez. 2010.

⁵⁴ Ruitemberg Nunes Pereira (**O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 238), após traçar detalhadamente a evolução do princípio do devido processo legal substantivo, afirma que “nenhum outro instituto simbolizou tanto essa viragem hermenêutica em busca do ideal de justiça, por meio da abertura constitucional e de sua tendência à observância de valores e princípios não propriamente positivados, quanto o instituto do devido processo legal em sua vertente material”.

Isso ocorre por que tal garantia fundamental, diante de sua dimensão objetiva, penetra diretamente nas relações particulares, encontrando o princípio da autonomia privada limitação na cláusula do *due process of law*.

É dizer, se o exercício do princípio da autonomia privada permite a reunião de pessoas com a mesma finalidade, constituídas em torno de sociedade ou associação, tais entidades não podem agir de forma ilimitada e absoluta. Ao revés, devem guardar obediência a todos os Direitos Fundamentais, dentre os quais se destaca o processo devido e suas consequências, como o dever de informação de atos, motivação de decisões, contraditório e ampla defesa⁵⁵.

É interessante perceber que a redação originária do art. 57 do Código Civil de 2002 previa a possibilidade de exclusão do associado, somente admissível em havendo justa causa, devidamente prevista no estatuto da entidade e, se esse fosse omissivo, o membro da associação poderia ser, ainda assim, punido, desde que fossem reconhecidos motivos graves, em deliberação associativa fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia geral, cabendo recurso para esta mesma assembleia, em caso de exclusão do associado.

Extraí-se do dispositivo legal que não havia qualquer previsão acerca do devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, embora houvesse disposição legal acerca da necessidade de motivação no ato de expulsão do associado. Mesmo assim, tanto a doutrina⁵⁶ quanto a jurisprudência⁵⁷ já entendiam que a cláusula do devido processo legal deveria ser observada para a aplicação da pena capital na entidade privada.

⁵⁵ Nesse sentido, a lição paradigmática e inovadora de Braga: “sucede que esses entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhe um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional (BRAGA, Paula Sarno. Op. cit., p. 213).

⁵⁶ Referindo-se ao art. 57, disse Venosa: “essa dispositivo disse menos do que devia; qualquer que seja a dimensão da sociedade ou a gravidade da conduta do associado, deve ser-lhe concedido amplo direito de defesa. Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decidida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 288).

⁵⁷ “É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. – Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. **Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1)**, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em 30/01/2014.

“Ação ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro



Embora as decisões advindas do Poder Judiciário obrigassem a aplicação do devido processo legal para a exclusão dos associados, não havia um enfrentamento direto acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819, finalmente, apontado o caminho a ser percorrido.

Na referida decisão, a Corte Suprema, ponderando a colisão firmada entre o princípio da autonomia privada *versus* o princípio do devido processo legal, decidiu que as relações privadas não são impermeáveis aos Direitos Fundamentais, devendo, ao revés, serem estes observados nas relações travadas entre particulares, sobretudo quando o ato for de aplicação de penalidade, onde se observará a motivação da decisão, assim como as garantias do contraditório e da ampla defesa⁵⁸.

social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que pudesse superar o obstáculo formal, a versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois, inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática de futebol”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. **Apelação Cível Nº 70002714095**, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 30/01/2014.

⁵⁸ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV.

Colhe-se, ainda, da aludida decisão, que o caráter público da atividade desenvolvida pela União Brasileira de Compositores e a dependência do vínculo associativo para o livre exercício profissional de seus sócios justificam a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, máxime o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, demonstrando a Suprema Corte que quanto maior o poder privado, maior deve se a aplicação das normas jusfundamentais na relação particular.

O debate acerca da ausência de um processo devido com possibilidade de contraditório e ampla defesa acirrou-se e o art. 57 do Código Civil foi alterado pela Lei n. 11.127/2005, passando o dispositivo a prever expressamente que o associado em risco de exclusão tem direito a tais garantias processuais, nos termos do estatuto, consagrando a Lei o que já vinha sendo feito para jurisprudência e ratificado pela doutrina.

Ou seja, hoje há ordem expressamente dirigida às entidades associativas, para que estas, no exercício de sua autonomia privada, prevejam o modo como o Direito Fundamental ao devido processo legal será observado na aplicação da penalidade de expulsão, não havendo margem para a não previsão da garantia nos estatutos.

É interessante perceber que há um silêncio na Lei Civil em relação à aplicação de outras sanções, como a suspensão ou advertência, embora doutrina⁵⁹ e jurisprudência não estejam fazendo distinção entre a aplicação da penalidade de expulsão ou outras mais leves, como dá conta a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS. CLUBE RECREATIVO. SUSPENSÃO DO SÓCIO DE FREQUENTAR O CLUBE POR TRINTA DIAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO⁶⁰.

Em relação às sociedades, o Código Civil silenciou relativamente, tendo-se que apenas o artigo 44, § 2º prevê que “as disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades”. É dizer, todas as previsões contidas no art. 57, devem ser observadas nas relações travadas entre sociedade e sócio, sobretudo quando se tratar

RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Recurso Ordinário n. 201819**, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 30/01/2014.

⁵⁹ Eis a lição de Paula S. Braga (op. cit., p. 218): “conclui-se, assim, com base nessa doutrina, que o dispositivo em questão [CC, art. 57] deve ser alvo de uma interpretação bem abrangente, para entender-se que assegurou não só a ampla defesa, mas, sim, um autêntico processo prévio orientado por *todas* as garantias inerentes ao devido processo legal – dentre elas, o direito a provas, a publicidade, a um julgador natural, a decisões fundamentadas e razoáveis. E mais, esse processo é exigível não só para a exclusão do associado, como também para infligir qualquer outro tipo de sanção (ex.: multa, suspensão de direitos etc.)”.

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. **Apelação Cível Nº 216167**, Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27/08/2009. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 30/01/2014.



de risco de expulsão deste, ou aplicação de outras penalidades, sendo obrigatório o cumprimento do devido processo legal.

Nada obstante, o artigo 1.085 o Código Civil estabelece o procedimento para exclusão de sócio minoritário das sociedades limitadas, dispondo expressamente que somente poderá se dar a pena capital por ato de “inegável gravidade”, devidamente apurado em assembleia convocada com tal fim, desde que o estatuto respectivo haja previsto a exclusão por justa causa, sendo, em todo caso, necessária a prévia ciência do acusado em tempo hábil, para que este possa comparecer à assembleia e apresentar defesa.

Advoga Braga, que o princípio-garantia do devido processo legal foi explicitamente previsto no indigitado dispositivo, quando da exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada e que a regra deve ser aplicada por analogia em todas as formas societárias⁶¹.

Em relação às sociedades cooperativas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio de Melo, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”⁶².

A controvérsia havida em torno da aplicação do devido processo legal e as garantias que lhe são decorrentes, quando se trata de aplicação de penalidades nas relações societárias ou associativas, hoje, diante das decisões da Corte Maior, não encontra mais tanta divergência.

⁶¹ BRAGA, Paula Sarno. Op. cit., p. 219.

⁶² DJ de 07/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br, acessado em 22/07/2017.

10.2. Relações condominiais

Embora o condomínio não seja legalmente considerado pessoa física ou jurídica, o Código Civil lhe dedicou atenção especial, dispondo, inclusive, sobre as sanções pecuniárias que poderão ser aplicadas aos condôminos faltosos.

O art. 1.336, I do Código Civil elaborou um sistema de aplicação de penalidade de forma graduada, sendo certo que se o condômino, praticante dos atos previstos como faltas na convenção condominial, pode ser punido, de acordo com a forma posta no ferido dispositivo legal, penalidade a ser aplicada, logicamente, pelo próprio condomínio.

A Lei Civil não traz qualquer previsão acerca da possibilidade de outras sanções que não as pecuniárias já legalmente previstas, como a restrição de áreas comuns, ou até a expulsão do condômino.

No entanto, tanto a doutrina⁶³ quanto a jurisprudência⁶⁴ têm se inclinado sobre a necessidade de aplicação do devido processo legal – principalmente a necessidade de se apresentar uma justificativa para o ato – quando o condomínio desejar aplicar penalidades não pecuniárias, devidamente previstas na norma convencional.

O Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal enfaticamente estabelece: “as sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”.

10.3 O dever de motivação na ação de despejo

O direito à habitação proveniente de contrato de locação é protegido pela Lei n. 8.245 de 1991, estabelecendo esta em seu artigo 59 que tal direito somente pode ser suprimido mediante ação de despejo, devidamente fundada nos exclusivos motivos presentes nos nove incisos do indigitado dispositivo legal.

É dizer, necessariamente o direito de o proprietário reaver seu imóvel locado a inquilino faltoso, por qualquer outro motivo expressamente previsto em lei, somente pode se dar mediante ação própria e desde que haja uma razão, devidamente comprovada processualmente, a não ser, é lógico, que as partes livremente contemplem cláusula em contrário.

⁶³ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 299-307.

⁶⁴ É o que se extrai da decisão emanada do TJSP: “Medida cautelar - Direito de uso do salão de festas do condomínio obstado ao condômino inadimplente - Inadmissibilidade - Imposição injustificada de restrição ao uso das áreas comuns em decorrência da inadimplência - Violação ao direito de propriedade - Discussão da dívida em regular ação de cobrança e em consignatória, ambas em trâmite - Sentença mantida - Improvida a irrisignação recursal (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível Nº 0150356-03.2006.8.26.0000*, 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luiz Ambra. São Paulo, 04/07/2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19978391/apelacao-apl-1503560320068260000-sp-0150356-0320068260000-tjsp>. Acesso em).



Nunca é demais lembrar que o direito ao trabalho, tal qual o direito à moradia, é um direito fundamental social e ambos possuem sindicabilidade extraída da própria Constituição.

11. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego

Ao longo do tópico anterior observou-se que as normas civis, que possuem como um dos principais pilares a igualdade entre as partes, não dissentem quando o assunto é aplicação do dever de motivação dos atos punitivos nas entidades privadas, assim como também não ignoram o fato de que tal dever motivacional decorre do princípio do devido processo legal, paradigma legal acolhido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive através de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se, também, que todas as normas cíveis analisadas dispõem sobre o *due process of Law*, bem assim as garantias que lhe são decorrentes nas relações privadas e que isso somente é possível diante da percepção de que todos os Direitos Fundamentais invadem os entes particulares de forma objetiva e irradiante, limitando a autonomia privada, sobretudo quando tais entidades são dotadas do que se convencionou chamar de poder privado.

Ora, se até as normas civis, que têm como paradigma a plena igualdade das partes, consagram o dever de motivação nas entidades privadas quando estas desejam aplicar penalidades aos seus componentes, com muito mais razão tal dever se impõe na relação de emprego, quando o empregador deseja a dispensa do empregado⁶⁵.

Isso ocorre porque a relação de emprego é eivada de forte poder social, sendo essa peculiaridade o principal motivo da observância dos assim denominados direitos laborais inespecíficos, como o devido processo legal e seus corolários, o dever de informação e o dever de motivação das decisões.

Quanto ao tema, é importante relembrar a lição de José João Abrantes, quando se refere à relação de emprego, pontificando que esta é eivada de grande desigualdade, sendo “precisamente aí, no caráter desigual dessas relações, que radica a necessidade de assegurar um efectivo exercício das liberdades”⁶⁶.

É certo, porém, que o artigo 7º, I do Texto Constitucional consagrou como direito laboral específico – afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro já defere a proteção contra a despedida arbitrária – a proteção à relação de emprego em face da despedida arbitrária e o dever de motivação já está inserido em tal assertiva, sendo certo que a aplicação

⁶⁵ Em sentido exatamente idêntico e em outras palavras, já se manifestou Vecchi (op. cit.), assegurando que o STF já pôs fim à discussão acerca da aplicabilidade do princípio do devido processo legal às relações privadas, e tal garantia deve ser amplamente observada na relação de emprego, pois “se mesmo em relações marcadas por um maior patamar de igualdade entre as partes houve a aplicação do devido processo legal, no campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação assimétrica, essa aplicação se torna ainda mais cogente”.

⁶⁶ Op. cit. p. 23.

da cláusula do devido processo legal, como direito laboral inespecífico, serve para fornecer mais um supedâneo jusfundamental desenvolvido ao longo de séculos como proibição *mater* ao arbítrio.

O cidadão-trabalhador, pelo simples fato de se vincular a uma relação onde é dependente⁶⁷ não se despe da condição maior que é justamente a de ser humano, detentor de todos os Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo a motivação do ato de dispensa, um direito laboral inespecífico antes mesmo, até, de ser específico.

O artigo 165 da CLT dispõe que será considerada como despedida arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro⁶⁸. É dizer, se a Constituição contém proteção diretamente dirigida ao particular-empregador para que este não pratique despedida arbitrária, significa afirmar que não se pode despedir empregados sem que haja um dos motivos apontados no referido artigo da norma laborista, demonstrando o raciocínio que não pode o empregador despedir de forma vazia, pois, assim procedendo, estará praticando ato arbitrário⁶⁹.

Em obra que precisou com maestria a questão em análise, Valdete Souto Severo ressaltou que “arbitrário é sinônimo de destituído de motivos lícitos, e a motivação é, necessariamente, dever de quem tem a obrigação de motivar”⁷⁰.

Relembre-se, ainda assim, que o Código Civil de 2002, em seu artigo 122, parece dialogar com a tese ora defendida, dispondo que entre as condições defesas por lei se incluem as que sujeitem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes.

Transplantando o regramento civilista para a contratação de emprego, é fácil perceber que o empregador não pode concentrar em suas mãos o arbítrio de dissolução do negócio jurídico, ou seja, não pode ele próprio decidir, por puro talante e sem qualquer motivação, o fim da relação de emprego, pois, assim procedendo, praticará ato defeso por Lei.

Pensar o contrário é permitir que as relações cíveis possuam regramento protetivo maior que o regramento constitucional trabalhista que, segundo os mais ortodoxos, permite a denúncia contratual vazia, sem qualquer motivação.

⁶⁷ Esse é o termo técnico utilizado pela CLT e ora empregado para que se evitem futuras discussões acerca da subordinação clássica, objetiva, estrutural, reticular etc.

⁶⁸ Antônio Álvares da Silva (op. cit., p. 253) não concorda com esse ponto de vista, dizendo que “essa opinião não pode ser aceita”, pois o art. 165 da CLT define o que vem a ser a dispensa arbitrária e, a contrário sensu, “a dispensa que se baseia em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro não é protegida pela Constituição, ou seja, situa-se na área de permissibilidade jurídica.

⁶⁹ Essa também é a conclusão do Ministro Maurício Godinho Delgado (**Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 1186), para quem o Direito do Trabalho brasileiro ainda não logrou incorporar, como regra geral, a necessidade de motivação e que se isso ocorresse, “levaria ao fim da *dispensa meramente arbitrária* no mercado laborativo do país, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial”.

⁷⁰ SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 135.



O raciocínio do arbítrio, concentrado na suposta possibilidade de o empregador despedir de forma vazia não se justifica em um Estado que, antes de ser de Direito, é Democrático, e põe toda a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, que não pode ser, de modo algum, ignorado pela livre iniciativa (CRFB/88, art. 170, *caput*).

O entendimento em voga, constituído em torno do direito potestativo da despedida, além de ser ato antijurídico, contrário à Constituição de ao próprio Código Civil, atenta, inclusive, contra o modelo estabelecido para a proteção dos Direitos Sociais.

Tenha-se como exemplo a Lei n. 8.245 de 1991, que protege o direito de habitação (CRFB, art. 6º) do inquilino, somente permitindo que este deixe o imóvel contra a sua vontade, desde que haja um motivo relevante, expressamente apontado pela aludida Lei.

Se o direito de habitação (melhor dizendo, o direito social à moradia) é acobertado por norma de tal conotação, onde as partes são plenamente iguais, com mais razão ainda o mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação ao direito ao trabalho, igualmente previsto na Constituição no rol dos Direitos Sociais.

Diante da análise das normas civilistas que pregam e asseguram a motivação quando as entidades privadas desejam aplicar penalidades, resta evidente que há uma grande aporia firmada em torno da ideia de faculdade de o empregador despedir empregados sem qualquer apresentação de motivos, justamente na relação de emprego, extremamente assimétrica e permeada de forte poder social, onde o dever de apresentação de motivos se faz ainda mais necessário.

A função de um Estado que se propõe comprometido com a realização dos Direitos Fundamentais é questionável diante da ausência da desejada Lei Complementar para regulamentar o artigo 7º, I do Texto Constitucional de 1988, em evidente desproteção para os trabalhadores. O que é mais curioso é que a insuficiente proteção estatal se dá exatamente na relação cujo paradigma principal é a proteção do ser humano trabalhador.

As soluções para a aporia apresentada são diversas, desde a mais simples, até as mais ousadas, segundo a qual tal dispositivo é direito de liberdade⁷¹ e, como tal, deve ser interpretado tendo-se a sua mais alta eficácia, passando pela eficácia plena da primeira parte do Texto Constitucional analisado, possuindo a segunda parte baixa eficácia normativa, até se chegar à eficácia do devido processo legal na relação de emprego, sendo o dever motivacional uma de suas peculiaridades.

⁷¹ Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 10 ed. 2009, p. 174).

12. Notas conclusivas

O Estado-Legislator é objetivamente vinculado ao Texto Constitucional. Significa dizer que ao exercer o seu mister, o Poder Legislativo não é livre, não desempenha atividade de originária, sendo, ao revés atrelado à Constituição Federal de 1988.

Ignorando essa premissa, o artigo 477-A da CLT permite a equivalência entre as despedidas individuais e coletivas, estatuinto em ambas a permissão da denúncia contratual vazia, em clara ofensa ao artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, bem assim ao princípio do devido processo legal, que vincula entidades estatais e particulares e, como direito laboral inespecífico, penetra na relação de emprego, impedindo a cessação contratual sem motivos socialmente justos.

13. Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: **Revista do TRT - 9ª Região**. Curitiba ano 35, n.65, Jul./ dez. 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

BRAGA, Paula Sarno. **Direitos fundamentais como limites à autonomia privada**. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

IBARRECHE, Rafael Sastre. **El derecho al trabajo**. Madrid: Editora Trotta, 1996.

LUÑO, Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Abuso de direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.



MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1)*, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: [hhttp://www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br). Acesso em 11/06/2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, São Paulo: LTr, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70002714095*, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: [hhttp://www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 11/06/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 216167*, Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27/08/2009. Disponível em: [hhttp://www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 11/06/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006.

SCHWABE. Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir – a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. In.: **Revista LTr**. v. 74, n. 02, fev/2010, p. 74-02/242-74-02/250.

SILVA, Antônio Álvares da. **A Convenção 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996.

_____. **Proteção conta a dispensa na nova Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.



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

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

