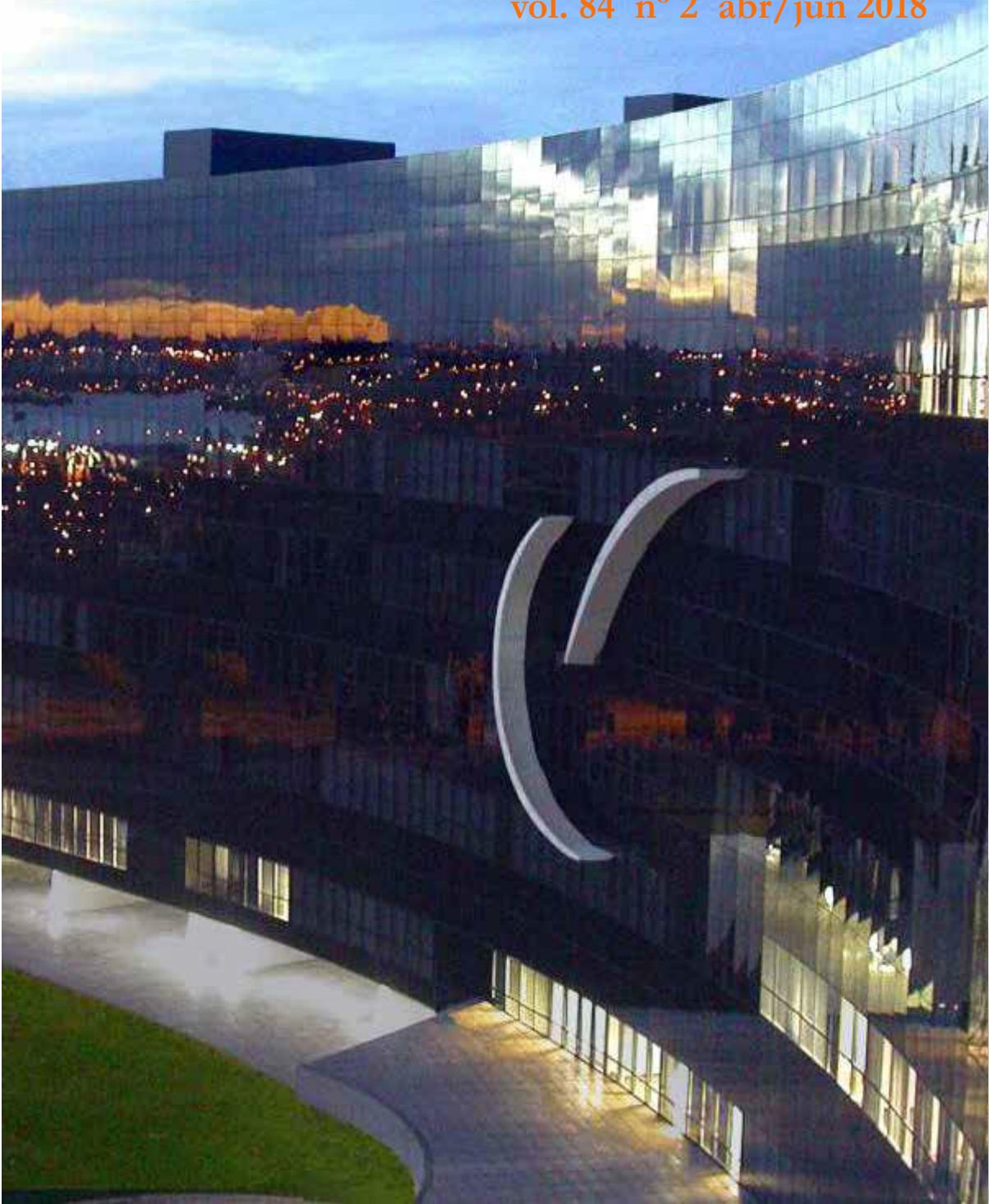


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 84 n° 2 abr/jun 2018



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Batista Brito Pereira
Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Vice-Presidente

Ministro Lelio Bentes Corrêa
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Conselho Editorial
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (*presidente*)
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Maria Helena Mallmann
Ministro Hugo Carlos Scheuermann (*suplente*)
Comissão de Documentação

Ano 84 – nº 2 – abr. a jun. – 2018

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: LexMagister

Tiragem: 700 exemplares

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

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

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

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

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

Órgão Especial

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

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

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

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

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

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

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Primeira Turma

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Segunda Turma

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

Terceira Turma

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

Quarta Turma

Ministra Maria de Assis Calsing, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Quinta Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Breno Medeiros

Sexta Turma

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

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Sétima Turma

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Presidente

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Desembargador Ubirajara Carlos Mendes (Convocado)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho

Vice-Presidente



Renato de Lacerda
Paiva

Presidente



João Batista
Brito Pereira

Corregedor-Geral



Leílio Bentes
Corrêa



Ives Gandra da Silva
Martins Filho



Emmanoel
Pereira



Maria Cristina
Peduzzi



Aloysio Corrêa
da Veiga



Luiz Philippe Vieira
de Mello Filho



Alberto Luiz Bresciani
de Fontan Pereira



Maria de Assis
Calsing



Dora Maria
da Costa



Guilherme Augusto
Caputo Bastos



Márcio Eurico
Vital Amaro



Walmir Oliveira
da Costa



Mauricio Godinho
Delgado



Kátia Magalhães
Arruda



Augusto César Leite
de Carvalho



José Roberto Freire
Pimenta



Delaíde Alves
Miranda Arantes



Hugo Carlos
Scheuermann



Alexandre de Souza
Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas
Brandão



Douglas Alencar
Rodrigues



Maria Helena
Mallmann



Breno
Medeiros



Alexandre Luiz
Ramos

Sumário

Editorial

<i>Ives Gandra da Silva Martins Filho</i>	15
1. O direito coletivo do trabalho no Supremo Tribunal Federal: planos de demissão incentivada e autonomia da vontade, um estudo de caso <i>Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello</i>	19
2. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais <i>Estêvão Mallet</i>	43
3. Terceirização, grupo econômico e meio ambiente de trabalho na reforma trabalhista <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i>	81
4. Supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT <i>Enoque Ribeiro dos Santos</i>	96
5. A relativização do princípio da proteção ante a previsão legal da prevalência do negociado sobre o legislado <i>Malu Medeiros Cortásio, Renata da Silva Santos e Thais Miranda de Oliveira</i> .	121
6. Uma análise do programa para o trabalho decente na Organização Internacional do Trabalho <i>Elden Borges Souza</i>	138
7. A reforma trabalhista brasileira e a proibição de retrocesso social: uma análise do texto reformista a partir do processo de ressignificação dos direitos sociais <i>Vitor Hugo Bueno Fogaça, Nara Luiza Valente e Silmara Carneiro e Silva</i>	162
8. A nova petição inicial trabalhista <i>André Araújo Molina</i>	184
9. Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição <i>Marcelo Wanderley Guimarães</i>	220
10. Questionamentos acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais recíprocos: novidade trazida pela reforma trabalhista <i>Vólia Bomfim Cassar</i>	243

11. A utilização de documentos eletrônicos como meio probatório no processo do trabalho <i>João Humberto Cesário</i>	248
12. Em que medida é adequado estabelecer um regime tarifado para a indenização por dano extrapatrimonial? <i>Regina Stela Corrêa Vieira</i>	268
13. Da construção jurisprudencial quanto a efetivação ao direito de greve do servidor público <i>Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso Nelson, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira</i>	276
14. A natureza jurídica das cláusulas de rescisão dos jogadores de futebol: contributo crítico a partir do caso <i>Neymar Jr. vs. Barcelona</i> <i>Francisco de Assis de França Júnior</i>	298

Editorial

A reforma trabalhista levada a cabo pelas Leis ns. 13.429 e 13.467, de 2017, modernizando nossa legislação laboral e preenchendo tantas lacunas que havia na CLT, concernentes a temas sensíveis, tais como os danos extrapatrimoniais, o teletrabalho, a terceirização, o trabalho intermitente, tem gerado acendrada controvérsia, estimulando tantos a escreverem, estudarem e aprofundarem nas mudanças havidas, defendendo seus posicionamentos com os mais variados argumentos.

A *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* pretende ser, nesse contexto, veículo privilegiado para a divulgação de artigos que abordem os mais diferentes aspectos dessa reforma, prestigiando todas as correntes de pensamento, numa visão acadêmica, plural e multidisciplinar, conjugando aspectos jurídicos, econômicos, políticos e sociais.

Renomados doutrinadores da seara trabalhista dividem espaço neste número, trazendo também sua experiência na magistratura ou advocacia, mapeando as principais questões que preocupam e ensejam uma reflexão mais detida. Desde os parâmetros da negociação coletiva e seus limites, passando pela arbitragem e terceirização, até chegar aos princípios que norteiam o Direito do Trabalho e sua exegese.

O campo processual também conta com alentados estudos, com visões contrastantes a respeito dos honorários sucumbenciais, cuja extensão aos trabalhadores teve tanto impacto na redução significativa da demanda trabalhista, a par de diminuir também os valores e pedidos formulados em reclamações, naquilo que passou a se denominar de processo responsável.

Abordagens mais teóricas convivem com o estudo de casos, desde aquele apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que hoje parametriza a autonomia negocial coletiva e é melhor explicitado, em interpretação autêntica, por aquele que o relatou, até outro de especial interesse e oportunidade, no contexto da Copa do Mundo de futebol, envolvendo contrato do craque nacional.

Esperamos que este novo número de nossa Revista possa servir de referência para todas essas questões, como fonte de pesquisa e de ideias, de argumentos e de visões mais amplas e profundas, dada a qualidade dos artigos e a qualificação de seus autores.

Brasília, 23 de junho de 2018.

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho

Presidente da Comissão de Documentação e Memória do TST

Doutrina

O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PLANOS DE DEMISSÃO INCENTIVADA E AUTONOMIA DA VONTADE, UM ESTUDO DE CASO

Luís Roberto Barroso*
Patrícia Perrone Campos Mello**

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do alcance da autonomia coletiva dos trabalhadores e da força que lhe foi conferida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 590.415, *leading case* sobre a matéria¹. No recurso extraordinário em questão, o Tribunal foi chamado a se manifestar sobre a validade de cláusula de quitação ampla, geral e irrestrita, aprovada pela categoria dos trabalhadores, por meio de acordo coletivo que estabeleceu o plano de demissão incentivada do Banco do Estado de Santa Catarina – BESC. A decisão recorrida afastara a validade da quitação com tal extensão, assentando que ela deveria se limitar às parcelas e valores especificados no recibo, por determinação expressa da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O recorrente, a seu turno, afirmava que o acordo deveria prevalecer sobre a referida norma e que a decisão violava o ato jurídico perfeito e o direito ao reconhecimento dos acordos coletivos, tais como previstos pela Constituição de 1988.

O caso, tal como posto, levava ao Supremo Tribunal Federal uma questão de fundamental relevância para o país: a possibilidade de uma dada categoria dos trabalhadores estabelecer, por meio de acordo ou convenção coletiva, regime jurídico diverso daquele previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho acerca da extinção do contrato de trabalho. A decisão do caso possuía

* Mestre pela Universidade de Yale; doutor e livre-docente pela UERJ; pós-doutor pela Universidade de Harvard; professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB; ministro do Supremo Tribunal Federal.

** Mestre e doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; professora do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB; assessora de ministro do Supremo Tribunal Federal; procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

1 STF, Pleno, RE 590.415, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, *DJe* 29.05.2015.

inequívoca importância. Em primeiro lugar, tratava dos limites do que pode ser pactuado por meio de instrumentos coletivos. Em segundo lugar, firmava, em um contexto de crise econômica, um precedente que teria considerável impacto sobre a credibilidade de futuros planos de demissão incentivada e, portanto, sobre a sua aptidão para minimizar efeitos adversos produzidos por despedidas em massa.

A análise aqui desenvolvida tratará da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 590.415 e da releitura produzida pela Corte acerca do alcance de tais instrumentos, à luz da Constituição de 1988 e da sua principiologia. Com esse objetivo, serão analisados, dentre outros temas: *(i)* a justificativa para a limitação da autonomia da vontade no direito individual do trabalho e sua relação com o modelo justralhista que prevaleceu no país anteriormente à Constituição de 1988, *(ii)* a transição operada pela Constituição para um novo modelo justralhista e *(iii)* o alcance diferenciado da autonomia da vontade no direito coletivo do trabalho, sob a vigência do nova Constituição.

1 – O CASO CONCRETO: RE 590.415

O RE 590.415 foi interposto pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A (BESC)² contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que desconsiderou a quitação ampla, de toda e qualquer parcela oriunda do contrato de trabalho, outorgada por uma empregada do BESC em favor do Banco. O recorrente afirmou, em seu recurso, que a rescisão do contrato de trabalho decorreria da adesão da recorrida ao Plano de Demissão Incentivada de 2001 (PDI/2001) e que as cláusulas do pertinente termo de rescisão foram aprovadas pela categoria dos trabalhadores do BESC, mediante acordo coletivo. Por essa razão, o recorrente entendia que a desconsideração da quitação plena negava validade ao acordo coletivo, em contrariedade ao art. 7º, XXVI, da Constituição de 1988.

A reclamante não negava sua adesão voluntária ao plano de demissão incentivada. Reconhecia ter transacionado os valores pendentes, oriundos de seu contrato de trabalho, em troca da percepção de indenização imediata. Confirmava ter outorgado quitação ampla e irrestrita de toda e qualquer importância a que poderia fazer jus. Defendia, contudo, a despeito do teor explícito do termo de rescisão, que tal quitação só produzia efeitos quanto às parcelas e valores efetivamente constantes do recibo assinado. Sustentava seu entendimento com base no art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como

2 O Banco do Estado de Santa Catarina – BESC foi sucedido pelo Banco do Brasil S/A, que o incorporou.

DOCTRINA

na Súmula nº 330 do TST e na Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 270 da Seção de Dissídios Individuais (SDI) do TST, que estabelecem:

CLT:

“Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e *quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho*, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

§ 1º O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

§ 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, *deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.*” (grifou-se)

Súmula nº 330 do TST:

“A *quitação* passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, *tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo*, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I – *A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas*, ainda que estas constem desse recibo. II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.” (grifou-se)

OJ nº 270, SBDI/TST:

“PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.02). *A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária*

DOCTRINA

implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.” (grifou-se)

Em contestação, o BESC esclareceu que, em dezembro de 2001, o Banco editou regulamento para a criação do PDI/2001. Tal regulamento continha previsão expressa de que a adesão ao plano estaria condicionada à renúncia pelo empregado à estabilidade no emprego (prevista no regulamento de pessoal do Banco) e à outorga de quitação ampla e irrestrita de toda e qualquer verba oriunda do contrato de trabalho e eventualmente pendente. O regulamento estabelecia, contudo, que aqueles que optassem por não aderir ao PDI teriam mantida a garantia de estabilidade no emprego. Portanto, a adesão ao PDI constituía efetivamente livre escolha do empregado.

Ainda de acordo com o BESC, o acordo coletivo, que continha previsão semelhante, no sentido da plena e irrestrita quitação dos valores oriundos do contrato de trabalho, foi aprovado pelas assembleias gerais de todos os sindicatos de bancários de Santa Catarina e pelos sindicatos de categorias diferenciadas, como os sindicatos dos economistas, dos engenheiros, dos advogados e dos contabilistas. A mesma previsão teria constado, ainda, da minuta de formulário pela qual os empregados manifestaram sua adesão ao plano.

Segundo o BESC, o próprio oferecimento do plano de demissão incentivada decorreu da mobilização dos empregados. Tais empregados teriam participado intensamente das negociações do plano e exercido considerável pressão sobre seus sindicatos para aprová-lo, tendo realizado diversas manifestações às portas do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região com tal propósito. Assim, no entendimento do BESC, não seria possível questionar a plena consciência dos empregados sobre os termos do acordo coletivo ou sobre suas consequências.

O BESC esclarecia, ainda, em suas razões, que o termo de rescisão de contrato de trabalho celebrado pela recorrida, que também continha cláusula de quitação plena, foi assinado sem qualquer ressalva e que, por meio dele, *a recorrida recebeu quantia equivalente a 78 (setenta e oito) vezes o valor de sua maior remuneração mensal*. O termo de rescisão foi, ainda, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho de Santa Catarina (DRT/SC), dele constando a informação de que, no ato da assinatura, foi dada ciência à trabalhadora dos efeitos do ato de rescisão.

As decisões de primeiro e segundo grau foram favoráveis à plena validade do acordo. Entretanto, em sede de recurso de revista, o TST invalidou a quitação outorgada pela recorrida, argumentando que: (i) a quitação somente

DOCTRINA

libera o empregador das parcelas estritamente lançadas no termo de rescisão, em razão do que dispõe o art. 477, § 2º, da CLT; (ii) todos os termos de rescisão de contratos de trabalho com o BESC mencionavam as mesmas parcelas como quitadas, nos mesmos percentuais indenizatórios, o que demonstraria que não foram precisadas as verbas rescisórias efetivamente devidas a cada trabalhador e seus valores, tendo-se elaborado mero documento *pro forma*, com a inclusão de todas as possíveis parcelas trabalhistas e percentuais hipotéticos; (iii) a transação pressupõe concessões recíprocas a respeito de *res dubia*, elemento que inexistia no caso; (iv) a transação deve ser interpretada restritivamente; (v) os direitos trabalhistas são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis; (vi) deve-se tratar “com reserva” a transação extrajudicial no plano do direito do trabalho, em especial de firmada no curso da relação de emprego.

O recurso extraordinário interposto pelo Banco foi admitido e teve a sua repercussão geral reconhecida. O apelo submetia as seguintes questões à apreciação do Supremo: (i) A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de demissão incentivada, pode ensejar quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano? (ii) O acórdão do TST que recusa validade à transação com tal amplitude enseja violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF) ou ao direito dos trabalhadores ao reconhecimento dos acordos coletivos (art. 7º, XXVI, da CF)?

2 – A JURISPRUDÊNCIA

A matéria objeto do recurso era altamente controversa na própria Justiça do Trabalho. No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, encontravam-se decisões em sentidos antagônicos sobre a validade da quitação ampla do contrato de trabalho, em consequência de adesão a plano de demissão voluntária³. O mesmo ocorria no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, especificamente no que respeita aos termos de rescisão e aos recibos de quitação outorgados em favor do BESC com base no PDI/2001⁴.

3 Favoráveis à quitação ampla: *DJMT* 13.04.05, Processo TRT-23-RO-01579.2003.004.23.00-9, Rel. Des. Osmair Couto; *DJMG* 12.05.01, Processo TRT-3-RO-2394/01, Rel. Des. Min. Antônio Alvares da Silva; *DOJT*, 7ª Região, 05.12.03, Processo TRT-7-0146900-29.2000.5.07.0002, Rel. Des. Judicael Sudário de Pinho. Desfavoráveis: *DeJT* 29.08.2014, Processo TRT-2-RO-00010942120105020464, Rel. Des. Álvaro Alves Nôga; *DeJT* 04.05.2011, Processo TRT-16-01860-2005-002-16-00-9, Rel. Des. José Evandro de Souza; *DeJT* 30.10.2012, Processo TRT-4-RO-0069500-05.2009.5.04.0002, Rel. Des. Raul Zoratto Sanvicente.

4 Favoráveis à quitação ampla: *DOe* 02.07.2014, Processo TRT-12-RO-01897-2008-004-12-85-7, Relª Desª Maria de Lourdes Leiria; *DOe* 22.07.2014, Processo TRT-12-0005785-55.2010.5.12.0026, Relª

No TST, inicialmente, julgados conflitantes sobre o assunto foram produzidos pelas turmas⁵. Então, em 2003, a matéria foi levada à apreciação da Seção de Dissídios Coletivos do TST (SDC), por meio de recurso ordinário interposto pelo BESC no âmbito de ação anulatória e de ação cautelar propostas pelo Ministério Público do Trabalho contra o Banco, bem como contra cinco Sindicatos de Empregados em Estabelecimentos Bancários (os Sindicatos de Mafra, Laguna, Porto União, Canoinhas e Joinville)⁶. Na ocasião, a Seção de Dissídios Coletivos do TST concluiu pela validade da quitação ampla do recibo passado em favor do BESC⁷.

Especificamente sobre a vontade manifestada pela categoria em favor da celebração do acordo coletivo, o acórdão afirmava que as negociações desenvolveram-se ao longo de vários meses, com ampla participação dos empregados; que as entidades sindicais foram pressionadas pelos trabalhadores a convocar assembleias para deliberar sobre a proposta de PDI; e que, quando convocadas as assembleias, compareceram 97,14% dos associados dos sindicatos réus – que correspondiam a 77,85% do quadro funcional do BESC lotado nas respectivas bases – tendo-se decidido por 97,69% dos presentes pela aprovação do acordo coletivo nas condições propostas pelo Banco.

Des^a Teresa Regina Cotosky; *DJSC* 11.03.04, Processo TRT-12-01827-2002-041-12-00-0, Rel. Des. Geraldo José Balbinot. Desfavoráveis: *DOe* 06.04.2012, Processo TRT-12-08094-2003-036-12-86-6, Rel^a Des^a Águeda Maria L. Pereira; *DOe* 05.12.2013, Processo TRT-12-0001333-84.2010.5.12.0031, Rel^a Des^a Maria Aparecida Caitano; *DOe* 27.03.2014, Processo TRT-12-0000241-06.2011.5.12.0009, Rel^a Des^a Águeda Maria L. Pereira.

5 Favoráveis à quitação ampla: *DJ* 09.11.01, Processo TST-RR-515.987/98.2, Rel. Min. Milton de Moura França; *DJ* 28.09.01, Processo TST-RR-475.180-89.1998.5.12.5555, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula; *DJ* 17.08.01, Processo TST-RR-679586-20.2000.5.15.5555, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. Desfavoráveis: *DeJT* 24.02.2012, Processo TST-RR-222400-80.2003.5.02.0020, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; *DeJT* 09.09.2011, Processo TST-ED-RR-180500-21.2004.5.02.0461, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires; *DeJT* 12.08.2011, Processo TST-RR-115400-28.2001.5.02.0008, Rel. Min. Fernando Eizo Ono.

6 *DJe* 14.11.03, Processo TST-ROAA-471/2002-000-12-00.2, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula.

7 Confira-se trecho da ementa do acórdão: “(...) *A Diretoria Executiva das entidades Sindicais, por força de lei, subordina-se às decisões de suas Assembleias Gerais*, ordinárias ou extraordinárias, pelo que no acordo coletivo de trabalho se materializa a formalização de uma determinação das referidas assembleias, operadas pela Diretoria. (...) O Programa de Dispensa Incentivada, aprovado em Assembleia Geral dos empregados, afigura-se instrumento de expressão máxima da liberdade individual, na exata medida em que o empregado, a qualquer tempo, pode desistir da adesão feita, sem que sofra qualquer prejuízo para o seu contrato de trabalho. *O acordo coletivo de trabalho decorreu de decisão da própria categoria profissional, manifestada em regular Assembleia Geral com registro junto à Delegacia Regional do Trabalho de Florianópolis. Não há a menor condição de se cogitar que o Programa de Dispensa Incentivada ou o Acordo Coletivo de Trabalho atinja a liberdade individual ou coletiva dos trabalhadores*, e as cláusulas impugnadas pelo autor assentam-se no instituto da transação de direitos, previsto no art. 1.025 do Código Civil. Recurso Ordinário a que se dá provimento” (grifou-se).

DOCTRINA

Em momento algum, segundo o acórdão, as assembleias que deliberaram sobre o PDI foram impugnadas. Além disso, os empregados tinham a opção de aderir ou não ao plano e podiam, a qualquer tempo e até a assinatura do termo de rescisão, desistir da adesão já manifestada. Por essas razões, o TST entendeu que não havia “a menor condição de se cogitar” que o PDI ou o acordo que o aprovou atingisse a liberdade individual ou coletiva dos trabalhadores.

Entretanto, em 2006, a matéria foi novamente levada a julgamento pela SDC, no âmbito de recurso ordinário interposto pelo BESC contra acórdão do TRT da 12ª Região que julgara procedente ação anulatória e ação cautelar propostas pelo Ministério Público do Trabalho em face do Banco e do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Videira. Dessa vez, a questão foi submetida a incidente de uniformização de jurisprudência e encaminhada ao Plenário do TST, tendo-se concluído pela *invalidade* da cláusula que estabelecia a quitação ampla de todas as eventuais parcelas oriundas do contrato de trabalho⁸.

Em sua fundamentação, o acórdão afirmou que não havia dúvidas acerca da autenticidade da manifestação coletiva dos empregados do BESC. Todavia, segundo o entendimento ali manifestado, “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância, quando levado a anuir com preceitos coletivos que lhe subtraem direitos básicos”; e a negociação realizada era de duvidosa validade, quer porque “no Direito do Trabalho a tônica é precisamente o esvaziamento do princípio da autonomia da vontade”, quer porque não se pode permitir que todos os direitos sejam passíveis de transação, sob pena de se retornar “à estaca zero”. Os demais argumentos lançados pelo TST são semelhantes àqueles suscitados no acórdão ora recorrido, invocando-se o art. 477, § 2º, da CLT para defender que a quitação se limita às parcelas e valores especificados no recibo.

O exame do recurso impunha, portanto, a definição do alcance da autonomia da vontade no âmbito do Direito do Trabalho. Razões de ordens distintas são responsáveis por sua limitação, a saber: (i) a condição de inferioridade em que se encontram os trabalhadores perante seu empregador; e (ii) o modelo de normatização justrabalhista adotado pelo ordenamento positivo brasileiro.

8 *DJe*, 16.03.07, Processo nº TST-ROAA-1115/2002-000-12-00.6, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, SDC.

3 – DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO E LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O direito individual do trabalho tem na relação de trabalho, estabelecida entre o empregador e a pessoa física do empregado, o elemento básico a partir do qual constrói os institutos e regras de interpretação. Justamente porque se reconhece, no âmbito das relações individuais, a desigualdade econômica e de poder entre as partes, as normas que regem tais relações são voltadas à tutela do trabalhador. Entende-se que a situação de inferioridade do empregado compromete o livre exercício da autonomia individual da vontade e que, nesse contexto, regras de origem heterônoma – produzidas pelo Estado – desempenham um papel primordial de defesa da parte hipossuficiente. Também por isso a aplicação do direito rege-se pelo princípio da proteção, optando-se pela norma mais favorável ao trabalhador na interpretação e na solução de antinomias.

Essa lógica protetiva está presente na Constituição, que consagrou um grande número de dispositivos à garantia de direitos trabalhistas no âmbito das relações individuais. Essa mesma lógica encontra-se presente no art. 477, § 2º, da CLT e na Súmula nº 330 do TST, quando se determina que a quitação tem eficácia liberatória exclusivamente quanto às parcelas consignadas no recibo, independentemente de ter sido concedida em termos mais amplos.

Não se espera que o empregado, no momento da rescisão de seu contrato, tenha condições de avaliar se as parcelas e valores indicados no termo de rescisão correspondem efetivamente a todas as verbas a que faria jus. Considera-se que a condição de subordinação, a desinformação ou a necessidade podem levá-lo a agir em prejuízo próprio. Por isso, a quitação, no âmbito das relações individuais, produz efeitos limitados. Entretanto, tal assimetria entre empregador e empregados não se coloca – ao menos não com a mesma força – nas relações coletivas.

4 – MODELOS JUSTRABALHISTAS: O PADRÃO CORPORATIVO-AUTORITÁRIO QUE PREDOMINOU ANTERIORMENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988⁹

O segundo elemento relevante para uma adequada compreensão da limitação da autonomia da vontade no âmbito do Direito de Trabalho encontra-se

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 100-125; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 70 e ss; *Ordenamento jurídico-trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 128-129, 175-176; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 724-767; VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978; REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado social e negociação coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Org.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 184-209.

no modelo de normatização justralhista que inspirou a legislação infraconstitucional brasileira. De acordo com a doutrina, um modelo de normatização pode se caracterizar pelo predomínio de normas de origem autônoma, baseadas no exercício da autonomia privada das categorias de empregadores e de trabalhadores, ou pelo predomínio de normas de origem heterônoma ou estatal.

Nos modelos de normatização *autônoma*, os conflitos entre capital e trabalho são, como regra, resolvidos no âmbito da sociedade civil, através de mecanismos de negociação coletiva entre sindicatos, associações profissionais e trabalhadores. Pode haver legislação estatal tutelando os direitos mais essenciais ou dispor sobre procedimentos a serem observados no âmbito das negociações coletivas, mas as normas que regulam as relações de trabalho são produzidas pelos particulares, com considerável liberdade, através de instrumentos similares aos acordos e convenções coletivas. Esse é o modelo típico das democracias consolidadas, defendido pela Organização Internacional do Trabalho.

Há, por outro lado, um modelo de normatização marcadamente *heterônoma*, que segue um *padrão corporativo-autoritário*, que rejeita a autocomposição e a produção de normas privadas, através da submissão do conflito trabalhista ao rigoroso controle do Estado. O controle do conflito, por parte do Estado, pode ocorrer de forma direta ou indireta, no último caso, por meio de uma legislação minuciosa, que procura se antecipar e/ou eventualmente sufocar o embate entre empregadores e trabalhadores. Nesse caso, a disciplina das relações de trabalho provém fundamentalmente do Estado. Os exemplos clássicos de tal padrão são as experiências da Itália fascista e da Alemanha nazista, no século XX, com influência em outros países, entre os quais, reconhecidamente, o Brasil¹⁰.

De fato, a institucionalização do Direito do Trabalho, no Brasil, teve por marco inicial o ano de 1930 e transcorreu até o final do governo de Getúlio Vargas, em 1945. Desenvolveu-se, portanto, durante um longo período político autoritário, marcado inclusive pela perseguição estatal às lideranças operárias,

10 De acordo com Mauricio Godinho Delgado: “O exemplo clássico plenamente configurado do modelo de normatização subordinada consiste naquele constituído pelas experiências fascistas que caracterizaram particularmente a Itália e a Alemanha, na primeira metade do século XX, tendo influência em inúmeros contextos nacionais (Portugal, Espanha e, inclusive, o Brasil). Tais experiências forjaram um sistema básico de elaboração e reprodução de normas justralhistas, cujo núcleo fundamental situava-se no parêlo do Estado. O conflito privado – pressuposto da negociação e foco da criação justralhista – era negado ou rejeitado pelo Estado, que não admitia seus desdobramentos autônomos, nem lhe construía formas institucionais de processamento” (*Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 102-103). No mesmo sentido: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Op. cit., p. 70-86; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico-trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 128-129.

e manteve seus efeitos, mesmo durante os breves períodos democráticos, sem grandes inovações, até a Constituição de 1988. Criou-se, em tal período, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e o Departamento Nacional do Trabalho, e concebeu-se: (i) a legislação profissional, minuciosa e protetiva, que foi reunida, em 1943, na Consolidação das Leis do Trabalho; (ii) o sindicato único, reconhecido e controlado pelo Estado, que, por consequência, não respondia perante os trabalhadores que supostamente representava; (iii) o imposto sindical, devido por todos que pertencessem à categoria profissional, independentemente de serem sócios¹¹; (iv) a Justiça do Trabalho, prevista pela Constituição de 1937 e regulamentada em 1939¹².

5 – CONSTITUIÇÃO DE 1988: TRANSIÇÃO PARA O MODELO DEMOCRÁTICO

A transição do modelo corporativo-autoritário, essencialmente heterônomo, para um modelo justralhista mais democrático e autônomo tem por marco a Carta de 1988. A Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas; atribuiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, em alguma medida, a liberdade sindical, vedando a prévia autorização do Estado para a fundação do sindicato, proibindo a intervenção do Poder Público em tal agremiação, estabelecendo a liberdade de filiação e vedando a dispensa do diretor, do representante sindical ou do candidato a tais cargos. Nota-se, assim, que a Constituição prestigiou a negociação coletiva, bem como a autocomposição dos conflitos trabalhistas, através dos sindicatos. Confira-se, a seguir, o teor das mencionadas normas constitucionais:

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

(...)

VI – irredutibilidade do salário, *salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*;

(...)

11 Embora originalmente denominado imposto sindical, tratava-se de contribuição, pois a receita tinha uma destinação específica: o custeio do sindicato (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. Op. cit., p. 762-764).

12 Decreto-Lei nº 1.237/1939.

DOCTRINA

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, *mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*;

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

(...)

XXVI – *reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.*” (grifou-se)

“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

(...)

III – *ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria*, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI – *é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho*;

VII – o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII – *é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.*” (grifou-se)

O novo modelo justabalhista proposto pela Constituição acompanha a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação

DOCTRINA

coletiva¹³, retratada na Convenção nº 98/1949¹⁴ e na Convenção nº 154/81¹⁵ da Organização Internacional do Trabalho (OIT), às quais o Brasil aderiu, e que preveem:

Convenção nº 98/1949:

“Art. 4º Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para *fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária* entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.” (grifou-se)

Convenção nº 154/81:

“Art. 2º Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘*negociação coletiva*’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, *uma ou várias organizações de trabalhadores*, com fim de:

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b) *regular as relações entre empregadores e trabalhadores*; ou
- c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.” (grifou-se)

“Art. 5º

1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no *estímulo à negociação coletiva*.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

- a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção;

13 REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado social e negociação coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Org.). *Direito do trabalho*: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004. p. 184-209.

14 Aprovada pelo Decreto-Legislativo nº 49/52, ratificada em 18.11.52, promulgada pelo Decreto nº 33.196/53.

15 Aprovada pelo Decreto-Legislativo nº 22/92, ratificada em 10.07.92, promulgada pelo Decreto nº 1.256/94.

DOCTRINA

b) *a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem as alíneas 'a', 'b' e 'c' do art. 2º da presente Convenção;*

c) *seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;*

d) *a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas;*

e) *os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva.*” (grifou-se)

Na mesma linha, a Recomendação nº 163/81, que suplementa a Convenção nº 154/81, dispõe que empregadores e associações de empregados devem ser estimulados a buscar eles próprios as soluções para os conflitos coletivos trabalhistas.

“8. Se necessárias, *devem ser tomadas medidas condizentes com as condições nacionais para que os procedimentos para a solução de conflitos trabalhistas ajudem as partes a encontrar elas próprias a solução da disputa*, quer o conflito tenha surgido durante a negociação de acordos, quer tenha surgido com relação à interpretação e à aplicação de acordos ou esteja coberto pela Recomendação sobre o Exame de Queixas, de 1967.” (grifou-se)

Assim, se a rigorosa limitação da autonomia da vontade é a tônica no direito individual do trabalho e na legislação infraconstitucional anterior à Constituição de 1988, o mesmo não ocorre no que respeita ao direito coletivo do trabalho ou às normas constitucionais atualmente em vigor.

A Constituição de 1988 restabeleceu o Estado Democrático de Direito, afirmou como seus fundamentos a cidadania, a dignidade humana, o pluralismo político e reconheceu uma série de direitos sociais que se prestam a assegurar condições materiais para a participação do cidadão no debate público. Especificamente no que respeita ao direito coletivo do trabalho, como já mencionado, prestigiou *a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida*, inclusive no trabalho (art. 7º, XXVI, da CF). Se este não é o espírito das normas infraconstitucionais que regem a matéria, cabe ao intérprete reformular o conteúdo destas últimas à luz da Constituição.

6 – A AUTONOMIA COLETIVA DA VONTADE E OS PRINCÍPIOS
APLICÁVEIS AO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO¹⁶

Diferentemente do que ocorre com o direito individual do trabalho, o *direito coletivo do trabalho*, que emerge com nova força após a Constituição de 1988, tem nas relações grupais a sua categoria básica. O empregador, ente coletivo provido de poder econômico, contrapõe-se à *categoria dos empregados*, ente também coletivo, representado pelo respectivo sindicato e munido de considerável poder de barganha, assegurado, exemplificativamente, pelas prerrogativas de atuação sindical, pelo direito de mobilização, pelo poder social de pressão e de greve. *No âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.*

Ao contrário, o direito coletivo do trabalho, em virtude de suas particularidades, é regido por princípios próprios¹⁷, entre os quais se destaca o *princípio da equivalência dos contratantes coletivos*, que impõe o tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos – empregador e categoria de empregados. Sobre esse princípio já se observou:

“O segundo aspecto essencial a fundamentar o presente princípio [da equivalência dos contratantes coletivos] é a circunstância de contarem os dois seres contrapostos (até mesmo o ser coletivo obreiro) com instrumentos eficazes de atuação e pressão (e, portanto, negociação).

Os instrumentos colocados à disposição do sujeito coletivo dos trabalhadores (garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidade de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve, etc.) reduziriam, no plano juscoletivo, a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário. Isso possibilitaria ao Direito Coletivo conferir tratamento jurídico mais equilibrado às partes nele envolvidas. Nessa linha, perderia sentido no Direito Coletivo

16 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 125-135 e p. 1.222-1.257; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Op. cit., p. 399 e ss.; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 2. p. 1.195 e ss.

17 Utilizam-se os termos *princípio* ou *princípios*, neste tópico, seguindo a nomenclatura corrente no direito do trabalho, ainda quando não enquadrável em uma caracterização mais restritiva e dogmática do conceito. V., sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196-217.

*do Trabalho a acentuada diretriz protecionista e intervencionista que tanto caracteriza o Direito Individual do Trabalho.*¹⁸

Em sentido semelhante, quanto à possibilidade de redução de direitos por meio de negociação coletiva e, ainda, quanto à inaplicabilidade do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas ao direito coletivo do trabalho, já se afirmou:

“O fundamento da validade da redução é o mesmo princípio que autoriza a estipulação mais vantajosa, a autonomia coletiva dos particulares, que não é via de uma mão só, [mas] de duas, funcionando tanto para promover os trabalhadores, mas, também, em especial na economia moderna, para administrar crises da empresa e da economia, o que justifica a redução dos salários dos empregados de uma empresa, pela negociação coletiva.

Põe-se em debate, neste ponto, o *princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. É construção destinada a atuar na esfera do direito individual, mas não no direito coletivo do trabalho, daí a sua inaplicabilidade às relações coletivas, regidas que são pelo princípio da liberdade sindical e da autonomia coletiva dos particulares, e não pelas regras da estrita aplicação aos contratos individuais de trabalho, inteiramente diferentes, portanto, os dois âmbitos da realidade jurídica, a do interesse individual e a do interesse coletivo.*¹⁹

A doutrina ressalva, todavia, que, no direito brasileiro, a perfeita simetria entre os entes coletivos ainda não foi plenamente garantida. Isso se deve à subsistência de instrumentos limitadores da liberdade sindical na Constituição de 1988, que possibilitariam que os sindicatos atuassem em desconformidade com o interesse de seus associados. Por essa razão, não se poderia reconhecer a autonomia coletiva da categoria dos empregados, manifestada pelos sindicatos, em sua plenitude. Esse argumento será objeto de exame mais adiante.

É relevante, ainda, para a presente análise, o *princípio da lealdade na negociação coletiva*. Segundo esse princípio, os acordos devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência. Não se pode invocar o princípio tutelar, próprio do direito individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma objeto de negociação coletiva, uma vez que as partes são equivalentes, ao contrário do que ocorre no ramo individual. Quando os acordos resultantes de negociações coletivas são descumpridos ou anulados, as relações por eles reguladas são desestabilizadas e a confiança no mecanismo da negociação coletiva é sacrificada.

18 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 1.250-1.251.

19 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Op. cit., p. 444.

Por fim, de acordo com o *princípio da adequação setorial negociada*, as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta. Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um patamar civilizatório mínimo²⁰, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho, etc.²¹. Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas²².

7 – A RELAÇÃO ENTRE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E DEMOCRACIA: A MAIORIDADE CÍVICA DO TRABALHADOR²³

A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho

-
- 20 É importante ressaltar, contudo, que os limites da autonomia coletiva constituem questão das mais difíceis, ensejando entendimentos díspares. No âmbito da doutrina trabalhista, consideráveis vozes defendem que só é possível reduzir direitos mediante negociação coletiva no caso de autorização normativa expressa (como ocorre em alguns incisos do art. 7º da Constituição) ou desde que não tenham sido deferidos por lei, a qual deve prevalecer sobre eventual acordo coletivo conflitante. Trata-se, contudo, de concepção que reduz o âmbito da negociação coletiva a um campo limitadíssimo.
- 21 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 1.226-1.227. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Op. cit., p. 401 e ss; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. Op. cit., p. 812.
- 22 A Lei nº 13.467/2017, Lei da Reforma Trabalhista, procurou oferecer balizas para os direitos que poderão ser objeto de negociação coletiva e explicitou outros que devem ser excluídos de tal negociação. V. CLT, arts. 611-A e 611-B, com redação conferida pela mencionada norma.
- 23 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 1.222-1.257; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico-trabalhista*. Op. cit., p. 175-176 e 225-235; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Op. cit., p. 433 e ss.; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 2, p. 1.152 e ss; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. Op. cit., p. 806-829; COSTA, Zilma Aparecida da Silva Ribeiro. *Programas de desligamento voluntário e seus impactos no mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004; GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horácio. ILO principles concerning collective bargaining. *International Labour Review*, v. 139, n. 1, 2000, p. 43 e ss.; *Liberdade sindical na prática: lições a retirar*. Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho. 97ª Sessão, 2008. Relatório do Director-Geral. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/285>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social²⁴.

O reverso também parece ser procedente. A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público²⁵. Em consonância com essa visão, destaque-se decisão proferida pelo TRT da 3ª Região, cuja ementa se transcreve a seguir:

“PLANO DE INCENTIVO À DEMISSÃO. ADESÃO. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL VÁLIDA. Declaração de vontade válida e expressa sem vícios, externada conscientemente por pessoa física capaz, é instrumento jurídico válido para criar, modificar ou extinguir obrigações. Deixar de considerá-la em sua eficácia desestabiliza a ordem jurídica e retira do Direito a segurança e seriedade que deve imprimir às relações sociais. *O trabalhador maior e capaz é cidadão como outro qualquer que tem responsabilidade pela vontade que emite nos negócios jurídicos de que participa*, só podendo o Direito invalidá-la quando se desnatura por vício, temor reverencial ou excessiva subordinação econômica. No caso da reclamada, trata-se de trabalhadores esclarecidos que participam de plano voluntário de demissão, cuja aderência provém de livre opção, seguida de obrigatórias ponderações e reflexões que a natureza do ato exige. *A proteção que o Processo do Trabalho defere ao trabalhador não pode chegar ao ponto de assemelhar-se à tutela ou curatela, em que a vontade do representado se faz pelo representante. Se assim se agir, nunca haverá maturidade do trabalhador nem respeito e seriedade às suas declarações, pois ficará submetido a um processo de alienação*

24 Para a problematização do encontro entre política, trabalho e democracia, v. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. Democracia e trabalho: os caminhos de uma complexa relação na história e na cidadania. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 975-997.

25 Como adverte Mauricio Godinho Delgado: “não há Democracia sem que o segmento mais numeroso da população geste uma sólida e experimentada noção de autotutela e concomitantemente, uma experimentada e sólida noção de responsabilidade própria” – “No primeiro caso, para se defender dos tiranos antipopulares; no segundo caso, para não se sentir atraído pelas propostas tirânicas populistas” (*Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 117).

permanente que não lhe permitirá jamais transformar-se num cidadão consciente e plenamente capaz.”²⁶ (grifou-se)

Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.

É descabida, ademais, a pretensão de manter em favor dos empregados os diversos benefícios assentados em um acordo coletivo, mas suprimir justamente a cláusula que lhes impõe determinado ônus. Quando as partes chegam aos termos de um acordo, levam em consideração o conjunto de direitos e obrigações que se atribuem reciprocamente, de forma que ou o acordo é válido na sua integralidade e, portanto, gera todos os custos e benefícios dele decorrentes, ou é inválido e, nesse caso, não gerará vantagens ou desvantagens para quaisquer das partes. Não se pode conceber que, com o propósito de viabilizar um acordo, um empregador ajuste pagar importância vultosa em favor do empregado, em troca de ampla e irrestrita quitação de toda e qualquer parcela que pudesse decorrer da relação de trabalho, para, na sequência, se considerar inválida a quitação, mas se assegurar ao trabalhador, ainda assim, a vantagem remuneratória. Não é possível destacar de uma norma o que interessa e optar por descumprir o resto. Deve-se observar, no ponto, a teoria do conglobamento²⁷. Como bem observado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto:

“A cláusula aqui questionada compõe um acordo coletivo que foi homologado, e, portanto, somente poderia deixar de ser aplicada se fosse rescindida. E, considerando a natureza eminentemente sinalagmática do acordo coletivo, a anulação de uma cláusula tão sensível como essa demandaria certamente a ineficácia do acordo em sua integralidade, inclusive em relação às cláusulas que beneficiam o empregado. Apa-

26 *DJMG* 12.05.01, TRT-3-RO-2394/01, Rel. Des. Antônio Alvares da Silva.

27 A teoria do conglobamento prevê, justamente, que os benefícios obtidos por uma categoria profissional devem ser considerados à luz do conjunto da norma que os concedeu, não se podendo extrair dela apenas as previsões favoráveis e descartar as desfavoráveis. Nesse sentido: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 214-216; CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011; MELO, Carlos Cavalcante. A teoria do conglobamento e a interpretação das cláusulas negociais coletivas frente aos princípios do direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, v. 32, n. 32, p. 107-130, jan./dez. 2009.

rentemente, o que se pretende é anular uma cláusula, que poderia ser contrária ao interesse do empregado, mas manter as demais. Não vejo como, num acordo que tem natureza sinalagmática, fazer isso sem rescindir o acordo como um todo.”

Além disso, o voluntário cumprimento dos acordos coletivos e, sobretudo, a atuação das partes com lealdade e transparência em sua interpretação e execução são fundamentais para a preservação de um ambiente de confiança essencial ao diálogo e à negociação. O reiterado descumprimento dos acordos provoca seu descrédito como instrumento de solução de conflitos coletivos e faz com que a perspectiva do descumprimento seja incluída na avaliação dos custos e dos benefícios de se optar por essa forma de solução de conflito, podendo conduzir à sua não utilização ou à sua oneração, em prejuízo dos próprios trabalhadores.

8 – A RELEVÂNCIA DOS PDIS COMO MECANISMO DE MITIGAÇÃO DOS DANOS GERADOS PELAS DEMISSÕES EM MASSA

Os planos de demissão incentivada surgiram na década de 1980, como recurso pelo qual as empresas procuraram sobreviver aos efeitos da globalização, optando pela redução de custos com pessoal como alternativa emergencial para tornarem-se mais competitivas. A categoria dos bancários foi uma das mais afetadas por tais medidas. Em 1986, era formada por 978.000 trabalhadores. Em 2003, contava com apenas 398.098 empregados²⁸.

Diante da inevitabilidade da dispensa de um grande número de trabalhadores, os PDIS possibilitam, ao menos, reduzir a repercussão social das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da mera dispensa por decisão do empregador. As demissões coletivas, ao contrário, geram greves, comoção, desemprego e oneração do seguro social.

Assim, os PDIS, quando aprovados por meio de acordos e convenções coletivos, como ocorrido no caso em exame, desempenham a relevante função de minimizar riscos e danos trabalhistas. Como já observado, o descumprimento dos PDIS por parte dos empregados, que, após perceberem proveitosa indenização, ingressam na Justiça do Trabalho para pleitear parcelas já quitadas, prejudica a seriedade de tais ajustes e pode fazer com que os empresários quantifiquem tal risco, optando por não mais adotar planos de demissão incen-

28 COSTA, Zilma Aparecida da Silva Ribeiro. *Programas de desligamento voluntário e seus impactos no mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 119.

tivada, ou, ainda, optando por reduzir os benefícios ofertados por meio desse instrumento, mais uma vez, em prejuízo dos próprios trabalhadores.

Sensível a esses argumentos, a Lei nº 13.467/2017, Lei da Reforma Trabalhista, editada dois anos depois da decisão do RE 590.415, passou inclusive a prever expressamente que os planos de demissão incentivada, aprovados por convenção ou acordo coletivo, ensejariam quitação plena e irrevogável, salvo disposição em contrário estipulada pelas partes²⁹.

9 – ESCLARECIMENTO RELEVANTE: OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE SINDICAL

Algumas palavras devem ser ditas, contudo, no que respeita à liberdade sindical e, conseqüentemente, ao exercício legítimo da autonomia coletiva pelas categorias dos trabalhadores. Muito embora a Constituição de 1988 tenha iniciado a transição para um regime de maior valorização da liberdade sindical, contraditoriamente, ela manteve alguns relevantes institutos do antigo sistema corporativista do país, institutos que comprometem, em medida relevante, a plena liberdade sindical³⁰.

Nessa linha, a Carta de 1988 manteve o sistema de unicidade sindical obrigatória dentro de uma mesma base territorial, determinou que a representatividade do sindicato se dará de acordo com a categoria profissional e estabeleceu o financiamento compulsório e genérico do sindicato, através da cobrança da contribuição sindical de todo e qualquer membro da categoria profissional, ainda que não seja associado³¹. Apenas recentemente, com a Lei nº 13.467/2017, o financiamento compulsório foi suprimido³². De todo modo,

29 CLT, art. 477-B, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017.

30 LOGUERCIO, José Eymard. Aspectos da liberdade sindical: balanço crítico pós-Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana Oliveira de (Org.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 443-479; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Arranjos institucionais e estrutura sindical: o que há de novo no sistema jurídico sindical brasileiro? In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito Pereira (Org.). *Trabalho, Constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 258-286; CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1.299-1.304; MARTINS, Sérgio Pinto. Contribuição sindical e a reforma trabalhista. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. II, n. 15, p. 479, ago. 2017.

31 “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (...) IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.”

32 A reforma trabalhista, promovida por norma infraconstitucional, não se desincumbiu de tratar das mudanças necessárias à implantação de um regime de liberdade sindical plena. Estabeleceu, contudo,

tais normas impediram, e algumas ainda impedem, a formação espontânea dos sindicatos. Com base territorial, representatividade e recursos garantidos, os sindicatos ficavam menos jungidos à vontade de seus associados e, sem a possibilidade de concorrência com outros sindicatos, não são motivados a melhorar seu desempenho ou a se bater por maiores ganhos para a categoria.

Em virtude desses aspectos, entende-se que a liberdade sindical não foi plenamente garantida pela Constituição de 1988, circunstância que, inclusive, inviabilizou a ratificação da Convenção nº 87/1948 da OIT pelo Brasil³³. E afirma-se que o não reconhecimento da plena liberdade sindical impacta negativamente sobre a representatividade do sindicato, podendo comprometer a ideia de equivalência entre os entes coletivos e justificar a incidência do princípio da proteção sobre o direito coletivo do trabalho, nos mesmos termos das relações individuais trabalhistas.

É importante notar, contudo, que, no caso apreciado no RE 590.415, a participação direta dos trabalhadores no processo de negociação do PDI e do acordo coletivo que o aprovou demonstrava a efetiva mobilização de toda a categoria em torno do assunto. Diante da resistência do sindicato em convocar assembleia para deliberar sobre o acordo, os trabalhadores convocaram assembleia própria, pela qual decidiram aprová-lo. Na sequência, pressionaram o sindicato, foram às ruas, manifestaram-se às portas do TRT, até que a assembleia sindical fosse convocada. Uma vez convocada, compareceram a ela e convalidaram a aprovação já deliberada pelos trabalhadores.

Não havia como afirmar, portanto, que a aprovação do acordo coletivo, nos seus exatos termos, não era a verdadeira vontade da categoria. Ao contrário, tal aprovação se deu a despeito da resistência do próprio sindicato. Assim, mesmo que o regramento acerca da liberdade sindical demande aperfeiçoamento em tese, esse fato não comprometia a validade do acordo coletivo que aprovou o PDI no caso.

Não favorecia a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou

que a contribuição sindical passa a depender de prévia e expressa autorização dos participantes das categorias econômicas e profissionais. V. CLT, arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587, 602, conforme redação dada pela Lei nº 13.467/2017.

33 A Convenção nº 87/1946 da OIT não impõe a pluralidade sindical, até porque se acredita que a unidade sindical é melhor para o sistema. Entretanto, à luz da Convenção, tal unidade deve ser conquistada espontaneamente. Não deve ser produto de imposição legal.

ganância”³⁴. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, da CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz.

CONCLUSÃO

A decisão proferida no RE 590.415 constituiu, portanto, um *leading case* sobre o alcance da autonomia da vontade no direito coletivo do trabalho tal como compreendida pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio dessa decisão, o Tribunal reconheceu a importância das negociações coletivas para a pacificação de conflitos e para a produção de normas que disponham sobre as relações trabalhistas, sem, contudo, desconsiderar que tais negociações sujeitam-se a alguns limites. As principais conclusões do acórdão podem ser sintetizadas nas proposições objetivas que se seguem.

1. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho.

2. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida e lhes assegura, portanto, uma experiência de autogoverno que tem valor para o desenvolvimento da cidadania e da democracia.

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Vigora, nesse espaço, o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos, por se reconhecer a existência de uma relativa simetria de poder entre o empregador e a categoria de empregados, representada pelo sindicato, entre

34 *DJe* 16.03.07, Processo TST-ROAA-1115/2002-000-12-00.6, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, SDC.

DOCTRINA

coletivo. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

4. A autonomia coletiva da categoria de empregados não é ilimitada. Não pode dispor de direitos indisponíveis e, portanto, deve observar o que se denominou “patamar civilizatório mínimo” em matéria de direitos trabalhistas. Deve ser, ademais, a expressão da efetiva vontade da categoria, expressa por meio de sindicatos verdadeiramente representativos.

5. À luz de tais considerações, é válido o plano de dispensa incentivada, aprovado com base em acordo coletivo, com ampla participação dos empregados, legitimamente representados por meio de sindicato, que preveja: (i) a adesão voluntária dos trabalhadores, (ii) a percepção de vantagem considerável e, em contrapartida, (iii) a quitação plena de toda e qualquer parcela eventualmente devida em decorrência da relação de emprego, mesmo quando não especificadas todas as parcelas, na forma do art. 477, § 2º, da CLT, devendo prevalecer a norma autônoma sobre a heterônoma.

É importante assinalar, contudo, que a decisão proferida no RE 590.415 não deixa de considerar que os limites constitucionais à liberdade sindical que ainda se encontram vigentes podem comprometer a representatividade dos sindicatos, a autenticidade da vontade manifestada por esses entes e, portanto, limitar o alcance das negociações coletivas. O direito coletivo do trabalho tem um encontro marcado com uma reforma constitucional que implemente um regime de plena liberdade sindical. Trata-se de um tema fundamental que precisa entrar para a agenda do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

COSTA, Zilma Aparecida da Silva Ribeiro. *Programas de desligamento voluntário e seus impactos no mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Direito coletivo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horácio. ILO principles concerning collective bargaining. *International Labour Review*, v. 139, n. 1, p. 33-55, 2000.

LOGUERCIO, José Eymard. Aspectos da liberdade sindical: balanço crítico pós-Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO,

DOCTRINA

Ana Oliveira de (Org.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. Contribuição sindical e a reforma trabalhista. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. II, n. 15, p. 479, ago. 2017.

_____. *Direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Carlos Cavalcante. A teoria do conglobamento e a interpretação das cláusulas negociais coletivas frente aos princípios do direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, v. 32, n. 32. p. 107-130, jan./dez. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Ordenamento jurídico-trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Liberdade sindical na prática*: lições a retirar. Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho. 97ª Sessão, 2008. Relatório do Director-Geral. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/285>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado Social e negociação coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Org.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Arranjos institucionais e estrutura sindical: o que há de novo no sistema jurídico sindical brasileiro? In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira (Org.). *Trabalho, Constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014.

_____. Democracia e trabalho: os caminhos de uma complexa relação na história e na cidadania. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 2.

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

ARBITRAGEM EM LITÍGIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS*

Estêvão Mallet**

1 – INTRODUÇÃO

Antes da Lei nº 13.467/2017, o direito positivo previa a possibilidade de arbitragem trabalhista apenas para os litígios de natureza coletiva, segundo o art. 114, § 1º, da Constituição¹ e algumas leis esparsas², faculdade, todavia, raramente exercida na prática, diversamente do que se vê em outros países³. No campo dos litígios individuais, era controvertida a legalidade de sua utilização. Afirmada em alguns precedentes⁴, com o apoio da doutrina especializada⁵, ao final veio a ser considerada ilícita pelo Tribunal Superior do Trabalho⁶. Com a Lei nº

* O presente texto foi originalmente redigido para publicação em obra coletiva voltada a homenagear o Prof. Dr. José Rogério Cruz e Tucci. A versão atual contempla vários acréscimos e modificações, embora mantida a estrutura básica original. O autor agradece a amável e cuidadosa leitura feita por José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, Flávio da Costa Higa, Rodrigo Meni Reis Calovi Fagundes e Marcos Guilherme Ciccarino Fantinato. Todos apresentaram ricas sugestões e permitiram a correção de muitos erros. Os que permanecem são de exclusiva responsabilidade do autor e não lhes podem ser imputados.

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

1 O texto tem a seguinte redação: “§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

2 Lei de Greve (art. 3º, *caput*) e Lei sobre Participação nos Lucros ou Resultados (art. 4º, inciso II).

3 Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a arbitragem é prevista como forma de solução dos conflitos coletivos em mais de 90% das normas coletivas, segundo informação antiga de Paul M. Herzog e Morris Stone (Voluntary labour arbitration in the United States, *International Labour Review*, vol. 82, 1960, p. 301).

4 TST, 7ª T., Proc. AIRR 1475/2000-193-05-00.7, Rel. Min. Pedro Paulo Teixeira Manus, j. 15.10.08; TST, 3ª T., Proc. AIRR 72491/2002-900-02-00.3, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 18.02.09; e TST, 4ª T., Proc. RR 259/2008-075-03-00.2, Rel. Min. Barros Levenhagen, j. 02.12.09. No âmbito dos Tribunais Regionais, cf. TRT 10ª Reg., 1ª T., Proc. RO 00007-2008-013-10-0-00-9, Rel. Pedro Luis Vicentin Foltran, j. 18.02.09, DJ 06.03.09.

5 Por exemplo: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

6 Cf. TST, SBDI 1, Proc. E-ED-RR 25900-67.2008.5.03.0075, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 16.04.2015, com o seguinte enunciado, *inter alia*, na ementa do acórdão: “Seja sob a ótica do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do art. 1º da Lei nº 9.307/96, o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas”. O Superior Tribunal de Justiça, de maneira diversa, admitiu homologação de sentença arbitral estrangeira relacionada com direitos decorrentes de contrato de trabalho, afastando alegação de ofensa à ordem pública, nos seguintes termos: “Não houve violação da ordem pública, na medida em que (...) ii) embora a matéria de fundo trate de direito individual trabalhista, foram discutidas, no procedimento de arbitragem, questões meramente

13.467/2017, passa-se a admitir o seu cabimento, nos termos do art. 507-A introduzido na CLT:

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

A inovação, de grande significado e que procura romper com a jurisprudência até então dominante, suscita vários questionamentos, parte dos quais será enfrentada ao longo do presente texto.

2 – CONSTITUCIONALIDADE

Logo de saída, há que examinar a constitucionalidade da solução estabelecida pela Lei nº 13.467/2017. Certos autores põem-na ainda em dúvida, quando pretendem manter a possibilidade de ajuizamento de ação, a despeito da celebração de cláusula compromissória, sob o argumento da garantia de acesso à jurisdição, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição⁷. É mais uma manifestação da conhecida resistência à arbitragem, algo que não é incomum em outros ordenamentos jurídicos. A doutrina mexicana, por exemplo, refere-se ao fato de o desenvolvimento normativo e jurisprudencial da arbitragem estar sempre sujeito, no país, a “ciertas reticencias, algunas muy importantes (...)”⁸. Na Itália, lembra-se a “regolazione restrittiva” imposta à arbitragem “sulle controversie individuali”⁹. E a Corte Suprema dos Estados Unidos, em *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, relaciona a aprovação do *Federal Arbitration Act* (FAA) ao propósito de suplantar a “widespread judicial hostility to arbitration”¹⁰.

patrimoniais que decorreram da rescisão antecipada do contrato de trabalho pelo requerido, o que resultou na aplicação da multa rescisória. Em outras palavras, não houve abdicação a direito laboral (indisponível), mas apenas aplicação de multa rescisória, constante de cláusula prevista no contrato, o que autorizou a utilização da arbitragem. Não houve, também, ofensa à previsão constante da Lei nº 9.605/98, pois não se apreciou matéria referente à disciplina e competição desportiva” (STJ, CE, Proc. SEC 11.529/EX, Rel. Min. Og Fernandes, j. 17.12.2014, DJe 02.02.2015).

7 Assim, por exemplo: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 194.

8 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *La Constitución mexicana y el arbitraje comercial*. Item II, 1, 4. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100006#notas>. Acesso em: 3 jan. 2018.

9 CARUSO, Bruno. Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo. *Diritto Delle Relazioni Industriali – Rivista della Associazione Lavoro e Ricerche*, Giuffrè, luglio 1992, n. 2, p. 62. Coube a Marcos Guilherme Ciccarino Fantinato a indicação dessa referência, após a amável leitura que se dispôs a fazer do texto.

10 133 S. Ct. 2304, 2308–09 (2013).

No Brasil, com a Lei nº 13.467/2017, parece pretender-se retornar ao debate já travado após a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, quando também foi suscitada a inconstitucionalidade da previsão de estabelecimento coativo de arbitragem, com fundamento em cláusula compromissória. Desde a decisão do Supremo Tribunal Federal, no entanto, tomada no julgamento do processo de homologação de sentença estrangeira SE 5.206 AgR/EP, tem-se por assentado que “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF”¹¹.

Aliás, não faltam sistemas jurídicos em que a arbitragem não é vista como uma mera alternativa para a solução de litígios, consoante a disciplina que a lei ordinária quiser estabelecer, com maior ou menor amplitude, mas como um verdadeiro direito fundamental, que nem pode ser suprimido ou limitado. Nas Constituições da Costa Rica e de Honduras, por exemplo, consagra-se o direito à utilização da arbitragem, nos seguintes termos, respectivamente: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”¹² e “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”¹³.

Admitir o ajuizamento e o prosseguimento de ação trabalhista, mesmo contra a vontade de um dos pactuantes, havendo cláusula compromissória – cuja constitucionalidade encontra-se afirmada pelo Supremo Tribunal Federal –, é negar todo sentido à previsão do art. 507-A da CLT. Equivale a tornar facultativo o que a lei quis obrigatório. Em consequência, celebrado o compromisso arbitral e invocado em juízo o art. 485, inciso VII, do CPC, impõe-se, também em matéria trabalhista, a extinção do processo, sem exame de seu mérito.

Há que ressaltar, todavia, a hipótese de incapacidade econômica, por qualquer das partes, para custeio da arbitragem. Se, a despeito do compromisso, a parte não tem meios para suportar os correspondentes encargos, é inconcebível negar-lhe a possibilidade de tutela. Seria o mesmo que reconhecer a licitude da denegação de acesso à justiça, por insuficiência de meios econômicos, o que não se harmoniza com a garantia constitucional de proteção dos direitos (Constituição, art. 5º, XXXV). Diante da incapacidade econômica de uma parte, ou a outra parte dispõe-se a custear integralmente a arbitragem, para exigir o cumprimento da obrigação assumida no compromisso – o que não

11 STF, Pleno, Proc. SE 5.206 AgR/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.01, DJU 30.04.04, p. 29.

12 Art. 42 da Constituição da Costa Rica.

13 Art. 110 da Constituição de Honduras.

está obrigada a fazer, advirta-se –, ou abre-se a oportunidade para ajuizamento de ação perante os tribunais estaduais, como já decidiu o *Bundesgerichtshof*, no célebre processo do encanador¹⁴, em solução que depois repercutiu, em alguma medida, em certos sistemas jurídicos. No direito italiano, por exemplo, o art. 816, n. 7, do *Codice di Procedura Civile* estabelece: “Gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. Salvo diverso accordo delle parti, gli arbitri determinano la misura dell’anticipazione a carico di ciascuna parte. Se una delle parti non presta l’anticipazione richiestale, l’altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all’anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale”. E antes mesmo da decisão do tribunal alemão, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal afastou a obrigatoriedade de convenção arbitral, em caso de incapacidade econômica de uma das partes, verificada após a assinatura da cláusula. Ainda que o acórdão tenha invocado a figura da impossibilidade superveniente de cumprimento da obrigação “por causa não imputável ao devedor”, que não é, seguramente, a regra correta de regência do problema, enunciou a solução acertada ao dizer que “a força expansiva dos direitos – ou melhor, do direito de acesso aos tribunais – impõe que, na hipótese que se figurou de a parte na convenção arbitral que, posteriormente à celebração desta, se viu, sem culpa sua, arrastada para uma situação de insuficiência econômica que a impossibilita de custear as despesas dessa arbitragem, possa deixar de cumprir tal convenção e recorrer aos tribunais estaduais, pedindo a resolução do caso, sem que seja possível opor-lhe a competente exceção dilatória”¹⁵. Adite-se, apenas, que não importa a apuração de culpabilidade ou não da parte incapaz de arcar com as despesas. Basta o dado objetivo dessa sua incapacidade, conjugado com a inexistência de meios para a suplantar, o que leva, para evitar-se a denegação de justiça, ao restabelecimento da “competência do Tribunal Judicial”, como assentado pelo Tribunal Constitucional de Portugal¹⁶.

3 – FUNDAMENTO DA PREVISÃO

No direito comum, a arbitrabilidade, ou seja, a possibilidade de resolver-se um litígio por meio de arbitragem¹⁷, é normalmente determinada a partir de

14 A propósito, com a súmula da decisão tomada pelo Tribunal alemão no caso do encanador: CARAMELO, Antônio Sampaio. *Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça*. In: *Direito da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 223 e segs.

15 STJ, Processo 99A1015, Rel. Aragão Seia, decisão de 18.01.00.

16 Acórdão 311/2008, Rel. Joaquim de Sousa Ribeiro, decisão de 30.05.08.

17 O neologismo está consagrado nas mais variadas línguas. Cf., por exemplo: FORTIER, L. Yves. *Arbitrability of disputes*. In: *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution – liber*

critério *ratione materiae*¹⁸, satisfeitos os genéricos pressupostos da capacidade jurídica¹⁹ e da forma legal²⁰. Admite-se a arbitragem, no sistema jurídico brasileiro, no caso de litígio sobre “direitos patrimoniais disponíveis”²¹. Todo o problema – que nem sempre é simples²² – passa então a girar em torno da natureza do direito, para determinar o cabimento ou, não, da arbitragem.

O art. 507-A adotou critério diferente. Não partiu da natureza do direito em si. Tampouco considerou aspecto ligado diretamente à pessoa do trabalhador, como se vê no parágrafo único do art. 444 da CLT, com a referência a “diploma de nível superior”. Tomou o legislador, ao contrário, um dos elementos do contrato de trabalho, a saber, o valor da remuneração estabelecida. Acima de certo montante, admite-se a solução de controvérsias individuais por meio de arbitragem; abaixo, não. Como compreender o parâmetro eleito?

É certo que a concreta capacidade negocial de todos os trabalhadores não é igual. Ela varia de acordo com muitos elementos, como, entre outros, a capacidade econômica de cada um, a atividade exercida, o grau de amadurecimento intelectual, a experiência de vida, o estágio da carreira profissional, a formação acadêmica, a idade, a situação familiar e emocional, etc. É por isso que se critica a ideia de uma “categoria abstrata de ‘trabalhador’ que agrupe o diretor de um banco e um operário indiferenciado, o chefe de orquestra ou o investigador científico”²³. Diz-se que essas situações “são manifestamente

amicorum in honour of Robert Briner. Paris: International Chamber of Commerce, 2005. p. 270. O direito suíço refere-se a “différend arbitral” no art. 7, *caput*, da lei federal sobre direito internacional privado (LDIP) de 18.12.87. A doutrina portuguesa refere-se, sem hesitação, à “arbitrabilidade” (GONÇALVES, Isabel. A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na Lei de Arbitragem Voluntária. In: *Análise de jurisprudência sobre arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 135 e segs.).

18 MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 144.

19 A exigência de capacidade jurídica é decorrência, no fundo, do disposto no art. 104, inciso I, do Código Civil.

20 Arts. 4º, § 1º, e 9º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, a serem lidos em conjunto com o anteriormente mencionado art. 104, inciso III, do Código Civil.

21 Lei nº 9.307/96, art. 1º, *in fine*.

22 Há autores que consideram o critério da disponibilidade do direito, para a admissão da arbitragem, também adotado em outros sistemas jurídicos, como em Angola (Lei nº 16/03, art. 1º, n. 1), “na prática, difícil de aferir.” (GONÇALVES, Manuel; VALE, Sofia; DIAMVUTU, Lino. *Lei da Arbitragem Voluntária comentada*. Luanda, 2014. p. 39). No mesmo sentido, no direito português, Isabel Gonçalves diz que “não é fácil apurar se determinada relação jurídica é ou não indisponível e, por outro lado, mesmo no primeiro caso nem todas as vicissitudes da relação jurídica ou do direito são indisponíveis (...)” (A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na Lei de Arbitragem Voluntária, cit., p. 139). Veja-se ainda, sobre as dificuldades suscitadas pelo conceito de disponibilidade: GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 119.

23 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 109-110.

diferentes, seja qual for o prisma por que se considerem, para comportarem, com justiça, um tratamento indistinto”²⁴. A uniformização que o parágrafo único do art. 3º da CLT preconiza não pode ser tomada como absoluta e tampouco deve ser levada às últimas consequências. O seu significado é outro e relaciona-se com a proibição de diferenciações arbitrárias entre trabalhadores, em particular a diferenciação entre trabalhadores manuais e trabalhadores intelectuais, de modo que não tenha importância, para efeito de incidência das normas trabalhistas gerais, a espécie de serviço realizado pelo empregado, seja “técnico, intelectual ou manual”²⁵.

De todo modo, as diferenças entre empregados, consoante as circunstâncias antes mencionadas, ao lado de outras, afetam inclusive a intensidade da subordinação própria do contrato de trabalho. Tem razão Guilherme Machado Dray quando escreve: “Não deixa de ser indesmentível e irrefutável que no plano extrajurídico o progresso técnico e a exigência de trabalhadores altamente qualificados podem inverter, por vezes, a situação habitual de dependência do trabalhador em relação à entidade empregadora. A concorrência entre entidades empregadoras para a obtenção de trabalho altamente especializado poderá colocar determinado tipo de trabalhadores numa situação de real e efectiva igualdade fáctica com os seus empregadores, ou mesmo, no limite, colocá-los numa posição de supremacia na determinação das condições de trabalho”²⁶. Os exemplos do jogador de futebol de renome, do artista ou do apresentador de televisão com grande fama ou do gestor de fundo de investimento de notória competência são eloquentes. Eles se encontram, no mais das vezes, em posição que lhes permite, durante a negociação para a celebração do contrato de trabalho e mesmo depois, impor condições, sem as quais nem aceitam prestar serviço ou continuar a fazê-lo.

Por isso a doutrina sugere que “a diferenciação exigível entre os diversos trabalhadores... haverá de ser estabelecida a partir de sua capacidade negocial”²⁷. Não se deve tomar “a debilidade social e económica dos trabalhadores dependentes (...) de forma acrítica”²⁸. Acertadamente, a jurisprudência, nacional e estrangeira, não deixa de levar em conta a advertência, para, ainda que sem apoio legal expresso, atribuir valor distinto à vontade manifestada por

24 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*, cit., p. 110.

25 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 17.

26 *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. n. 241, p. 188.

27 MARTINS, João Zenha. *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 377.

28 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 539.

alguns deles²⁹ e para modular a aplicação de determinados postulados também de acordo com o nível intelectual das pessoas envolvidas na relação jurídica³⁰. O Supremo Tribunal Federal, embora em matéria diversa, mas relacionada³¹, repeliu afirmação abstrata de vício na manifestação de vontade do trabalhador, sem “avaliação do elemento subjetivo do pactuante no momento da avença, consideradas as circunstâncias específicas e indissociáveis da personalidade de cada um”³². E o Superior Tribunal de Justiça, no campo da arbitragem nas relações de consumo, assinalou certa feita: “Há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção”³³.

O critério adotado pelo art. 507-A, que relaciona a arbitralidade ou não das controvérsias trabalhistas individuais com a remuneração do empregado, procura justamente levar em conta a apontada diferenciação. Adota a premissa de que remuneração mais elevada implica maior capacidade negocial, de maneira a justificar a possibilidade de pactuação de compromisso arbitral. Não é um

29 Veja-se o seguinte acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “1. As actividades tradicionalmente exercidas por profissionais liberais, nomeadamente a advocacia, podem ser objecto de contrato de trabalho. 2. Quanto estejam em causa essas actividades, nem sempre é fácil determinar a natureza do contrato. 3. Para ultrapassar essa dificuldade há que recorrer aos chamados indícios da subordinação jurídica que é o elemento que verdadeiramente caracteriza o contrato de trabalho quando em confronto com o contrato de prestação de serviços. 4. A denominação dada pelas partes ao contrato é um desses indícios e terá uma relevância muito especial quando o contrato foi celebrado entre um banco e um advogado com 13 anos de profissão” (STJ, Processo 04S3581, Rel. Sousa Peixoto, decisão de 03.03.05). Sempre no mesmo sentido, cf. ainda, com referência a pessoas “instruídas e cultas”, STJ, Processo 07S2187, Rel. Sousa Peixoto, decisão de 17.10.07, e com alusão a pessoas “esclarecidas”, STJ, Processo 01S881, Rel. Diniz Nunes, decisão de 09.01.02. Na jurisprudência nacional há um aresto em que se lê, na parte que interessa: “(...) o autor era um alto executivo do banco réu, verdadeiro *alter ego* e detentor de expertise e *brain-power* financeiro, com vultosos ganhos mensais e vasto conhecimento na área, razão pela qual não se vislumbra qualquer hipossuficiência/vulnerabilidade por parte dele, mas sim sua paridade com a parte adversa. Aliás, é justamente no setor do conhecimento e da informação que a relação jurídica de dependência muitas vezes se inverte, ou seja, é o empregador que fica dependente ou refém do empregado dotado do expertise e neurônios privilegiados, que dá um diferencial ao seu negócio, proporcionando-lhe elevados ganhos financeiros, levando-o a celebrar pactos e aditivos para a manutenção de tais empregados laborando a seu favor” (TRT 1ª Reg., 5ª T., Proc. RO 0011289-92.2013.5.01.0042, Rel. Enoque Ribeiro dos Santos, j. 11.04.2017).

30 Paradigmático, na matéria, o seguinte julgado: “Onus da prova. Relação contratual entre médicos. Parceria ou vínculo de emprego. O caráter protecionista do Direito do Trabalho deve ser inversamente proporcional à capacidade intelectual, sociocultural e econômica do prestador de serviços, não cabendo invocá-lo quando nos dois lados da relação jurídica de direito material encontram-se pessoas de intelecto privilegiado, profissionais liberais no pleno exercício daquela atividade, mesmo porque a verdadeira isonomia consiste em dar tratamento desigual aos que juridicamente se desigualem e na mesma proporção dessa desigualdade” (TRT 24ª Reg., Proc. 01249-2000-777-24-00-0, Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior, Proc. RO 1249/2000, j. 26.10.00, DOMS nº 5397, de 01.12.00, p. 49).

31 A hipótese envolveu o acordo para recebimento de diferenças de FGTS, na forma da Lei Complementar nº 110/01.

32 STF, Pleno, RE 418.918, Relª Minª Ellen Gracie, j. 30.03.05, DJU 01.07.05, p. 7.

33 STJ, 4ª T., Proc. REsp 1.189.050/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016, DJe 14.03.2016.

critério sem base ou inusitado. É também adotado pela lei belga sobre contratos de trabalho, de 3 de julho de 1978, para regular a possibilidade de pactuação de cláusula de não concorrência, delimitando a autonomia negocial do trabalhador. Quanto mais elevada a remuneração, maior se torna essa autonomia. Segundo o art. 65, § 2º, a partir de dado limite anual de ganhos e até certo montante, admite-se a previsão, desde que autorizada por norma coletiva. Acima desse último montante, inverte-se o resultado e a previsão passa a ser possível sempre, exceto se vedada por norma coletiva³⁴. Em resumo, remuneração mais elevada leva a maior autonomia negocial.

O critério escolhido, se não é de todo desarrazoado – afinal, ganhos mais elevados estão mesmo tendencialmente associados a uma melhor condição econômica e, portanto, a uma maior capacidade de negociação –, não escapa de alguma crítica. De um lado, pode-se questionar o montante estabelecido, não suficientemente elevado para garantir verdadeira capacidade negocial. E não deixa de suscitar perplexidade o confronto do valor previsto no art. 507-A da CLT com o que se encontra no art. 833, § 2º, do CPC³⁵. A miserabilidade que justifica a proteção do executado da jurisdição executiva, por supostas razões humanitárias, prende-se a valor muito mais elevado do que o exigido para o reconhecimento da capacidade negocial suficiente à opção pela arbitragem. Há, nitidamente, uma desproporção entre os montantes, indicativa de impropriedade dos parâmetros legislativos, em ambos os casos ou, pelo menos, em um deles.

De outro, da adoção da remuneração como critério pode até decorrer situação paradoxal, em que direitos idênticos ou da mesma natureza, de titularidade do mesmo empregado, ficam sujeitos a arbitragem em uma situação, mas não em outra. Pense-se no médico com dois contratos de trabalho, havendo controvérsia, em ambos, sobre a exigibilidade ou, não, do pagamento de certo adicional em uma dada situação, que se repete nos dois casos. Em um dos contratos, a remuneração supera o valor previsto no art. 507-A; no outro, não. É difícil aceitar que a arbitragem, cabível no primeiro caso, não possa também ser utilizada no último, a despeito da substancial identidade subjetiva e objetiva das controvérsias.

O paradoxo decorre do fato de o legislador ter procurado isolar o elemento justificador da diferenciação dos empregados, relacionando-o com a remuneração decorrente do contrato. Rigorosamente mais acurado seria in-

34 Os valores correspondem, desde 1º de janeiro de 2016, a respectivamente € 33.221,00 e a € 66.441,00 por ano. Assim, até € 33.221,00 por ano, o empregado não pode celebrar cláusula de não concorrência; entre esse valor e € 66.441,00, pode fazê-lo, desde que haja permissão em norma coletiva; acima de € 66.441,00, a celebração é permitida, salvo se houver proibição em norma coletiva.

35 O ponto foi notado por Flávio da Costa Higa, em amável leitura que se dispôs a fazer do presente texto.

vestigar, caso a caso, a concreta capacidade negocial do empregado, que nem sempre depende da remuneração que lhe é paga. O empregado com elevada formação e amplo patrimônio, que trabalha apenas para sua realização pessoal, não por necessidade – um exemplo pode ser o do economista de sucesso que, após amealhar fortuna em longa carreira no mercado financeiro, dele se afasta e resolve preencher seu tempo livre com atividade acadêmica em uma faculdade de economia, com remuneração bastante modesta –, certamente deveria ter a faculdade de decidir sobre a arbitrabilidade das controvérsias decorrentes de seu contrato. O critério adotado pelo legislador falha na hipótese, todavia.

É preciso reconhecer, contudo, a impertinência de, com o propósito de estabelecer o melhor e mais perfeito regime legal, completamente aderente à realidade fática, deixar-se à investigação casuística a definição da possibilidade ou, não, de utilização da arbitragem. Insistir na apuração *in concreto* da capacidade negocial do trabalhador, por mais desejável que seja, é impraticável.

Não poucas vezes o legislador, em benefício da simplificação, da maior segurança e da melhor aplicação do direito, tem de sacrificar a mais perfeita adequação da lei à realidade. Como expediente da técnica jurídica, legisla em consideração do *id quod plerumque accidit*. É o que se dá, no fundo, no caso do art. 507-A. Substitui-se o conceito, fluido e aberto, correspondente à capacidade negocial, por uma cifra, que se reputou ser a sua melhor expressão quantitativa. É também o que se vê na fixação da capacidade jurídica em conformidade com a idade da pessoa³⁶. Transforma-se uma qualidade em uma quantidade, substituindo-se, nas palavras de Geny, “une enveloppe molle et flasque” por “une ligne droite et ferme, assurant la précision de la conduite comme des jugements”³⁷. Se a coincidência entre a qualidade e a quantidade não é absoluta – e certamente não o é sempre –, nem por isso perde sentido a solução legal adotada. A Corte Constitucional da África do Sul, confrontada com o problema da quantificação de certas qualidades, confessou: “The line has to be drawn somewhere, and there will always be people on one side of the line who do not benefit and whose positions are not significantly different to those of persons on the other side of the line who do benefit”³⁸. E como lembra Dabin, “la no-

36 Código Civil, art. 4º, inciso I, e CLT, art. 402.

37 *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Sirey, 1921, III, n. 197, p. 59.

38 A decisão, tomada em 18.04.97 no caso *President of the Republic of South Africa and other v. Hugo* (CCT 11/96), envolveu discussão sobre a constitucionalidade dos critérios para a concessão de indulto pelo presidente da república. O trecho transcrito acima se encontra no nº 31, do julgado. Nessa mesma passagem, assinala-se ainda: “Where the power of pardon or reprieve is used in general terms and there is an ‘amnesty’ accorded to a category or categories of prisoners, discrimination is inherent... For instance there may be no meaningful difference between prisoners whose birthday was shortly before the cut off date identified by the President, and who were eighteen when the decision took effect, and those

tion juridique des choses ne saurait coïncider toujours avec la notion réelle et scientifique des mêmes choses, que cette coïncidence, d'ailleurs fort désirable, ne trouve justification qu'autant qu'elle ne rencontre pas d'obstacle dans les exigences pratiques de la maniabilité du droit"³⁹. E mais adiante o mesmo autor anota: "les chiffres ne se justifient que par leur qualité de chiffres, à raison de la facilité et de la sécurité inhérentes au procédé même du chiffrage"⁴⁰. Tudo por conta da máxima romana *ubi jus incertum ibi jus nullum*.

De todo modo, a possibilidade de celebração de cláusula compromissória, nos termos do art. 507-A, de nenhuma forma tolhe a invalidação do ajuste que tenha sido feito. O que se impõe é a demonstração da existência de causa de nulidade ou de anulabilidade, sem que se possa supor ou presumir a sua configuração apenas por participar do negócio um empregado, normalmente tratado de maneira mais protetiva pelo legislador. Aplica-se, *mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio estabelecido pela Súmula nº 342 do Tribunal Superior do Trabalho para os descontos salariais realizados a título de assistência médica ou outro benefício assemelhado⁴¹. O vício de vontade não é presumido; deve ser provado⁴².

Além do conteúdo da cláusula em si, há que avaliar, como assinala a jurisprudência norte-americana, "the manner in which the contract was negotiated and the circumstances of the parties at that time"⁴³. Em *Ingle v. Circuit City*

whose birthday was shortly after the cut off date and were under eighteen at the effective date. Indeed, there might well have been prisoners in the first category who, if assessed individually, might have been considered to be more deserving of a remission of sentence than persons in the latter category".

39 *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1935. p. 120.

40 *La technique de l'élaboration du droit positif cit.*, p. 126.

41 "Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico."

42 Ao aplicar a Súmula nº 342 do TST, o Tribunal do Trabalho da 1ª Região assinalou: "O simples fato de a adesão ocorrer no momento da admissão, não faz presumir a existência de vício de vontade, a tornar nulo o ato" (TRT 1ª Reg., 6ª T., Proc. RO 89.2004.12009.5.01.0069, Rel. José Antonio Piton, 23.01.2013, DJ 01.02.2013). O Tribunal Superior do Trabalho sedimentou a sua jurisprudência na OJ-SBDI 1 nº 160: "É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade". Entre os julgados que levaram à edição do verbete há um em que consta: "É ineficaz a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade" (TST, SBDI 1, Proc. E-RR 90.145/1993, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, Ac. 1.048/96, j. 27.08.96, DJU 13.09.96).

43 *Kinney v. United Healthcare Servs., Inc.*, 70 Cal.App.4th 1322, 1329, 83 Cal.Rptr.2d 348, 352-53 (1999).

Stores, Inc., por exemplo, a *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* recusou validade à cláusula compromissória, ainda que nos Estados Unidos vigore clara política de favorecimento de arbitragem⁴⁴, pertinente também em matéria trabalhista. No caso, no entanto, o tribunal entendeu que a cláusula estabelecida era “wholly unenforceable”, pois, além de não prever isenção de despesas para arbitragem proposta por empregado indigente, estabelecia prazo de um ano para oferecimento do pedido e dava ao empregador a prerrogativa de unilateralmente revogá-la⁴⁵.

No sistema jurídico brasileiro, cláusula imposta a todos os empregados que satisfaçam as condições do art. 507-A, sem espaço para oposição, contrasta com a *ratio juris* do art. 51, inciso VII, da Lei nº 8.078/90, e não deve ser tida como válida.

4 – MONTANTE DA REMUNERAÇÃO E ARBITRAGEM

O art. 507-A menciona a remuneração como o elemento decisivo para a possibilidade de utilização da arbitragem: “Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (...)”.

O dispositivo, do ponto de vista técnico, apresenta logo de saída uma evidente deficiência formal⁴⁶. Nele se alude à remuneração, sem se indicar, todavia, o seu modo de aferição. A remuneração pode ser fixada por unidade de tempo ou por unidade de obra⁴⁷. Quando fixada por unidade de tempo, pode ser calculada por hora, por dia, por semana ou por mês. Mesmo os ganhos do empregado mensalista comportam conversão – que por vezes é preciso fazer – para unidade de tempo menor⁴⁸. Mencionar apenas o valor da remuneração, sem precisar o modo de aferição, deixa incompleta a regra. A remuneração de

44 Já se disse certa feita que “questions of arbitrability must be addressed with a healthy regard for the federal policy favoring arbitration”. [*Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24, 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed.2d 765 (1983)].

45 328 F 3d 1165 (9th Cir 2003).

46 Eis aí mais uma prova do fenômeno de “dégradation (...) de la qualité de la loi” nos dias de hoje, a que se refere Thomas Piazzon, tendo em conta, naturalmente, o Direito francês (*La sécurité juridique*. Paris: Defrénois, 2009. n. 118 e segs., p. 202 e segs.), mas em juízo que é também válido para o Direito brasileiro e, talvez, para vários outros sistemas jurídicos.

47 Assim para o salário, mas em termos aplicáveis à remuneração igualmente: MAGANO, Octavio Bueno. *Direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992. v. II, n. 131, p. 222. Ver também: CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: LTr, 1994. n. 49, p. 150.

48 Cf. art. 64 da CLT, bem como toda a controvérsia em torno do divisor a adotar-se para cálculo do salário-hora do empregado bancário, resolvida no âmbito dos processos TST-RR-849-83.2013.5.03.0138 e TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003.

que se trata é por unidade de obra ou por unidade de tempo? Se for por unidade de tempo, o período a considerar é o mês, a semana, o dia ou a hora?⁴⁹ Mais inexplicável ainda se torna a lacuna quando se observa que o outro dispositivo da mesma Lei nº 13.467/2017 que mais se aproxima do art. 507-A, ou seja, o parágrafo único do art. 444, com previsão muito semelhante, não incorre nesse erro. Expressamente menciona que o parâmetro quantitativo adotado – também correspondente a “duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” – é determinado a partir do “salário mensal”.

No caso do art. 507-A, há de entender-se que a remuneração mencionada é aferida por unidade de tempo, considerado o período mensal. A conclusão justifica-se seja por aplicação analógica do parâmetro posto no parágrafo único do art. 444, seja pelo evidente irrealismo de exigir-se ganho por unidade de obra, de ocorrência concreta muito menos frequente, ou por período semanal, diário ou horário, o que levaria, em qualquer dos casos, a cifra elevada ou mesmo manifestamente exorbitante.

A afirmação do parâmetro temporal mencionado faz com que não se estenda o permissivo legal ao empregado com ganho mensal inferior ao limite posto, decorrente da prática de jornada inferior à normal. O trabalhador com salário de R\$ 100,00 por hora de trabalho, se prestar serviços em 50 horas por mês, não atingindo no mês o valor mínimo previsto no art. 507-A – em novembro de 2017 correspondente a pouco mais de R\$ 11.000,00 –, não pode subscrever cláusula compromissória, ainda que, tomada a jornada normal de trabalho, de 220 horas mensais, sua remuneração corresponda proporcionalmente a mais do que o dobro do exigido.

Pela mesma razão, as parcelas pagas em período superior ao mês, ainda que tenham natureza remuneratória e integrem a apuração de outros créditos devidos ao empregado, não podem ser invocadas para o atingimento do valor do art. 507-A. A gratificação ajustada paga uma vez ao ano, por exemplo, não é tomada em conta, ainda que, considerada pelo seu duodécimo, faça o ganho mensal do empregado ultrapassar o limite legal.

5 – DEFINIÇÃO DA REMUNERAÇÃO

O limite para a incidência do art. 507-A leva em conta a remuneração. A expressão deve ser tomada em seu sentido técnico, em harmonia com o art.

49 Bem a propósito, Luciano Martinez anota que “não basta (...) dizer qual será a dimensão salarial básica; é imperioso definir em função de que o estipêndio será pago” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 458). Foi exatamente o que se esqueceu de fazer o art. 507-A.

457 da CLT⁵⁰. Importa, pois, não apenas o salário do empregado, mas o conjunto de vantagens que ele recebe, inclusive de terceiros, abrangidas, portanto, gorjetas e gueltas, cuja natureza remuneratória acha-se assentada⁵¹. Incluem-se igualmente prestações *in natura*, por força do disposto no art. 458, *caput*, da CLT. A cessão gratuita de imóvel de elevado valor para uso do empregado, não sendo indispensável ao exercício do trabalho⁵², deve ser considerada para apuração do limite do art. 507-A.

Já as parcelas sem natureza remuneratória e as utilidades desvinculadas do salário, mencionadas nos arts. 457, § 2º, e 458, § 2º, além de participação nos lucros – esta por força do art. 7º, inciso XI, da Constituição e também pela sua limitada frequência de pagamento, que não pode ocorrer mais de duas vezes ao ano⁵³ –, não importam para a apuração do limite do art. 507-A.

O montante da remuneração deve exceder o limite posto quando pactuada a cláusula. O legislador não exigiu a permanência de ganhos superiores ao longo de todo o tempo como pressuposto para a eficácia do ajuste. Logo, se o benefício previdenciário eleva-se posteriormente, sem que também os ganhos do empregado aumentem para manter a remuneração acima do limite legal, o negócio celebrado não fica prejudicado. De igual modo, a redução da remuneração, após a adoção da cláusula, não afeta a sua validade nem lhe tira a eficácia. O empregado que, por conta da gratificação de função, supera o limite legal e, em consequência, aceita subscrever a cláusula compromissória, ao retornar ao cargo efetivo e perder o ganho adicional – seja por se dar o retorno antes do período de 10 anos, seja por aplicação do novo art. 468, § 2º, da CLT – não pode, só por isso, desconsiderar a obrigação assumida. Ressalva-se, como é óbvio, a prática de expediente fraudulento. O passageiro exercício de função de confiança apenas para permitir, com o pagamento da gratificação correspondente, a aplicação do art. 507-A, nulifica o compromisso que venha

50 Aplica-se à hipótese o cânone hermenêutico estabelecido no art. 19, do *Interpretation Act* da província canadense da Nova Escócia “In an enactment... (j) where a word is defined, the definition applies to other parts of speech” (R.S.N.S. 1989, c. 235). É também o critério estabelecido pelo *Interpretation Act* da Austrália, de 1901, em cuja Secção 18A, sob a rubrica “Parts of speech and grammatical forms”, estabelece-se: “In any Act, unless the contrary intention appears, where a word or phrase is given a particular meaning, other parts of speech and grammatical forms of that word or phrase have corresponding meanings”. No mesmo sentido, na doutrina nacional: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. I. p. 77.

51 Cf., como ilustração, “(...) as gueltas compõem a remuneração do reclamante e possuem a mesma natureza integrativa atribuída às gorjetas (...)” (TST, 7ª T., Proc. RR 829002920095010048, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 06.05.2015, DEJT 29.05.2015).

52 Súmula nº 367, inciso I, do TST.

53 Lei nº 10.101/00, art. 3º, § 2º, ressalvada a possibilidade de alteração da periodicidade, decorrente da Lei nº 13.467/2017, nos termos da redação dada ao art. 611-A, inciso XV, da CLT.

DOCTRINA

a ser celebrado. Há infração ao conteúdo da regra, ainda que não à sua letra⁵⁴. Aplica-se ao caso o adágio *fraus omnia corrumpit* e a nulidade acha-se capitulada no art. 166, inciso VI, do Código Civil.

A cláusula compromissória subscrita quando a remuneração do empregado é inferior ao limite legal mostra-se inválida. A superveniente elevação do seu ganho não basta, *per se*, para convalidá-la⁵⁵. Exige-se novo ajuste, observada a forma do art. 507-A. De igual modo, não é dado celebrar a cláusula sob condição suspensiva de elevação do ganho, de modo que, ainda ineficaz enquanto inferior o valor da remuneração, o ajuste se torne eficaz apenas se e quando ultrapassado o valor do art. 507-A da CLT. O não preenchimento do requisito legal faz o ajuste nulo, não apenas ineficaz, e o negócio condicional tem a sua validade definida pelas circunstâncias do tempo de sua celebração, não por aquelas do tempo em que se verifica a condição que lhe foi aposta.

A cláusula celebrada invalidamente não permite que o empregado cobre as diferenças até o limite imposto pela lei. De sua subscrição contra o disposto pelo legislador não se extrai obrigação do empregador de elevação da remuneração.

6 – CAPACIDADE DAS PARTES

O art. 507-A não menciona a capacidade das partes como pressuposto de validade do ajuste trabalhista. Não se exclui que trabalhador incapaz seja empregado em contrato de trabalho com remuneração elevada, como um menor que exerça atividade de artista, hipótese que tem toda pertinência, diante da não exigência, para a arbitragem, de “diploma de nível superior”, formulada pelo parágrafo único do art. 444 da CLT. Aliás, o problema da capacidade de contratar pode colocar-se também sob a perspectiva do empregador.

Na Lei nº 9.307/96, a capacidade de contratar é exigida para a adoção da arbitragem⁵⁶. A remissão do art. 507-A aos “termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”, faz com que se deva exigir também a capacidade de contratar para a adoção da arbitragem em matéria trabalhista individual. Na sua falta, há nulidade do pacto⁵⁷. A conclusão nem sequer depende de legislação especial. A arbitragem sempre se dá por meio da celebração de negócio

54 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. tomo IV, § 406, n. 1, p. 1.999.

55 Código Civil, art. 169, *princípio*.

56 Art. 1º.

57 Código Civil, art. 166, inciso I.

jurídico – cláusula compromissória ou compromisso arbitral – e este, como se sabe, tem como pressuposto de validade a capacidade do agente⁵⁸.

7 – MODALIDADES CONTRATUAIS

A regra do art. 507-A é geral. Aplica-se, portanto, ao contrato comum de trabalho, sem que deixe de ter pertinência em contratos especiais. Assim, a cláusula compromissória pode ser adotada por empregado sujeito ao regime geral de proteção do trabalho ou por empregado sujeito a regime especial. O bancário, o jornalista, o professor, satisfeitos os requisitos legais, podem subscrevê-la. O mesmo vale para as profissões reguladas por leis específicas, como é o caso dos atletas profissionais, radialistas, advogados e aeronautas.

Não importa, de outro lado, a existência de prazo de vigência no contrato. A cláusula compromissória é compatível com os contratos sem prazo e com os que têm prazo, inclusive o contrato de experiência.

8 – MOMENTO DE PACTUAÇÃO

O art. 507-A tem como situação elementar a do empregado que, ao ser contratado com remuneração superior ao limite legal, manifesta interesse em pactuar cláusula compromissória ou aceita a proposição que nessa altura lhe é feita. Ainda que se deva reconhecer, como mencionado em decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, que “o consentimento de trabalho obtido no momento da celebração do contrato, pode ter-se ficado a dever, de alguma forma, à necessidade de não perder a oportunidade de conseguir emprego”⁵⁹, essa é a hipótese prototípica da lei, sem prejuízo de outras, todavia.

A cláusula compromissória pode ser estabelecida durante a vigência do contrato. Basta que os pressupostos legais encontrem-se presentes. O empregado que, ao ser admitido, recebia menos do que o limite legal, pode subscrever a cláusula após ser promovido, passando a ganhar mais. Se a remuneração já era superior ao tempo da contratação, mas não se decidiu por sua celebração na altura, nada impede que se faça isso posteriormente. O silêncio inicial não obsta negociação posterior. Até a recusa manifestada em um primeiro momento não é irreversível. Em nova oportunidade, chegando as partes a acordo, pode ser adotada a cláusula.

58 Código Civil, art. 104, inciso I.

59 Processo 0049294, Rel. Ferreira Marques, j. 30.10.02.

Mesmo antes de formalizado o contrato, pode-se pactuar a cláusula. Na promessa de contrato ou no pré-contrato, se o valor da remuneração supera o limite do art. 507-A, é lícito às partes já adotá-la. O fato de não haver ainda o efetivo pagamento da remuneração não é decisivo. Se fosse, não caberia a arbitragem após a extinção do contrato, quando tampouco há pagamento de remuneração, o que se afigura por completo desarrazoado. Extinto o contrato, a subordinação desaparece, admitindo-se, com mais razão até, que se pactue a cláusula compromissória⁶⁰. A remuneração de que cogita o art. 507-A é a que foi contratada para o futuro contrato ou para o contrato que se extinguiu.

Admitida a pactuação durante a vigência do contrato e após a sua extinção, não há razão para recusá-la no período de aviso prévio, trabalhado ou indenizado, ou mesmo enquanto suspenso ou interrompido o contrato. Para a arbitragem após a extinção do contrato de trabalho, a doutrina anota que, “with regard to the consent of an employee (...) an arbitration agreement made after the termination of the labour contract raises no serious concerns about the employee being manipulated by the employer”⁶¹.

9 – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA OU COMPROMISSO ARBITRAL

O art. 507-A menciona apenas a pactuação de cláusula compromissória. O legislador, porém, *minus dixit quam voluit*. A jurisdição arbitral não supõe sempre a cláusula compromissória. Também pode decorrer de compromisso arbitral celebrado diretamente, sem cláusula antecedente⁶². Se assim é, presentes os pressupostos legais, podem as partes celebrar de pronto o compromisso, sem necessidade de prévia pactuação de cláusula compromissória, ainda que não o diga o art. 507-A. Basta que já exista o litígio.

Admite-se, portanto, que, extinto o contrato de trabalho em que praticada remuneração superior ao limite legal, surgindo controvérsia sobre a exigibilidade de certos direitos, resolvam as partes solucioná-la por meio de arbitragem, desde logo pactuando o compromisso arbitral, com os requisitos do art. 10 da Lei nº 9.307/96.

60 Em Portugal, onde a doutrina considera os litígios trabalhistas insuscetíveis de solução arbitral (cf. GOUVEIA, Mariana França. Curso de resolução alternativa de litígios, cit., p. 122), o Tribunal da Relação do Porto decidiu: “(...) cessado o contrato de trabalho não fica excluído o recurso à arbitragem voluntária para se exigir o pagamento de salários em dívida” (Processo 9640302, Rel. Pinto dos Santos, Ac. 13.01.97).

61 BASHAYREH, Mohammad Hussein. Arbitrating individual labour disputes in Jordan: has the policy of promoting arbitration been misplaced? *Arab Law Quarterly*, v. 23, 2009, p. 450.

62 VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: LEUD, 2004. p. 75.

DOCTRINA

Mesmo se pendente a ação trabalhista, a arbitragem pode ter lugar. O compromisso arbitral pode ser celebrado extrajudicialmente ou em juízo⁶³. Nada impede que, no curso da ação trabalhista, as partes resolvam submeter o litígio à arbitragem, celebrando o compromisso e extinguindo, sem exame do mérito, o processo em andamento.

10 – FORMA

Não indica o art. 507-A a forma da cláusula compromissória individual trabalhista. Diante do princípio da consensualidade⁶⁴, de sistemas jurídicos que admitem convenções arbitrais não escritas⁶⁵ e, ainda, do caráter não solene do contrato de trabalho, põe-se a dúvida em torno de ser a forma escrita essencial ou não. Mesmo a exigência de concordância expressa, enunciada pelo legislador, não resolve a dificuldade. Como deflui do art. 443, *caput*, da CLT, a manifestação expressa de vontade pode exteriorizar-se “verbalmente ou por escrito”.

A dúvida lançada não nega a inconveniência da forma verbal, indesejável em geral e em particular no caso de ajuste compromissório, pelas incertezas que produz e as dificuldades probatórias consequentes. No entanto, inconveniência não significa invalidade. É preciso, pois, ir mais além.

A alusão à cláusula, sem embargo da pluralidade de sentidos da expressão⁶⁶, já inculca a ideia de texto escrito. Não é natural que o legislador refira-se à cláusula para indicar expressão formulada verbalmente. Ademais, a forma escrita justifica-se pela importância do ato, que envolve derrogação da jurisdição⁶⁷. A dúvida solve-se em definitivo com o exame da Lei nº 9.307/96, cujo art. 4º, § 1º, diz ser da essência da cláusula compromissória a sua estipulação “por escrito”. Cláusula compromissória não escrita é, portanto, nula, nos termos do art. 166, inciso IV, do Código Civil. A forma escrita é imposta, também nas relações individuais de trabalho, *ad substantiam*, não apenas *ad probationem*⁶⁸,

63 Lei nº 9.307/96, art. 9º, § 1º.

64 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. III, n. 25, p. 48.

65 O *Arbitration Act* de 1991 da Província canadense de Ontário, por exemplo, estabelece, na n. 3 da Sec. 5, sob a rubrica de *Arbitration agreements*: “An arbitration agreement need not be in writing”. A mesma regra repete-se no *Arbitration Act* de Alberta, Sec. 5, n. 1.

66 GRASSETTI, Cesare. Clausola. In: *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, 1960. v. VII. p. 184.

67 REDENTI *apud* BIAMONTI, Luigi. Arbitrato. In: *Enciclopedia del Diritto*, Varese: Giuffrè, 1958. v. II. p. 906.

68 BIAMONTI, Luigi. *Arbitrato cit.*, p. 906. Para a distinção entre forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, em termos gerais: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral cit.*, v. II, n. 29, p. 52; e ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. v. II, n. 99, p. 145.

como no art. 464 da CLT. Por conseguinte, a inobservância da forma não é suprida por algum outro meio de prova, como a confissão⁶⁹.

Se a forma escrita é essencial para a cláusula compromissória em si, o formalismo para a manifestação de concordância pelo empregado não deve ser exacerbado ou potencializado, mesmo sem perder de vista o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Em tempos de desmaterialização dos documentos, cada vez tem menos sentido a exigência de assinatura de próprio punho para a prática dos mais variados atos. O Direito do Trabalho mesmo não fica alheio à transformação. A jurisprudência italiana, mesmo diante da exigência legal de que a dispensa do empregado seja comunicada “per iscritto”⁷⁰, forma imposta sob cominação de ineficácia⁷¹, já admitiu a manifestação de vontade transmitida por mensagem eletrônica. A Corte de Cassação assinalou, a propósito: “il requisito dela comunicazione per iscritto del licenziamento deve ritenersi assolto, in assenza della previsione di modalità specifiche, com qualunque modalità che comporti la trasmissione al destinatario del documento scritto nella sua materialità”⁷².

Não se deve repelir, assim, a concordância manifestada por meio de mensagem eletrônica “ou tout moyen de communication matérialisé par un écrit”⁷³. Como anota a doutrina italiana, “non è necessaria la contestualità dei vari elementi costitutivi del rapporto, e quindi questo può risultare da più scritture separate e non contestuali, e in particolare da scambio di lettere”⁷⁴. O direito português vai ainda além ao considerar satisfeito “o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista troca de uma petição e uma

69 Em sentido aparentemente contrário, para admitir a existência de cláusula compromissória a partir do mero fato de não ter havido questionamento específico no processo: “1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória (...) 3. Homologação deferida” (STJ, Corte Especial, SEC 856/EX, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 27.06.05).

70 Art. 2º, n. 1, da Lei nº 604/66.

71 Art. 2º, n. 3, da Lei nº 604/66.

72 Seção de Trabalho, Sentença nº 29.753, de 12.12.2017, Rel. Spena, proferida no Recurso 24.747/2015.

73 *L'arbitrage institutionnel en France* (dir. Bertrand Moreau). Bruxelles: Bruylant, 2016, p. 74. De igual modo, em Portugal: BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de Arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 39. É também a solução vigente em outros países da América Latina. A *Ley General de Arbitraje* do Peru (Lei nº 26572), por exemplo, estabelece, em seu art. 10º: “Forma del convenio arbitral.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a Arbitraje (...)”.

74 BIAMONTI, Luigi. *Arbitrato cit.*, p. 907.

contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra⁷⁵. Tampouco faz sentido, como proposto por alguma doutrina, pretender que, “tendo a convenção várias páginas, todas devem ser assinadas ou rubricadas⁷⁶. Eis uma exigência que se pode deixar de lado, por falta de amparo legal e por não se comprometer, com isso, a segurança do negócio.

No sistema jurídico brasileiro, quando de adesão o contrato de trabalho – o que ocorre na maioria das vezes, mas não sempre –, a concordância do empregado com a exigência do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, pode resultar tanto de documento apartado assinado por ele, como de mensagem eletrônica que venha a enviar ao empregador ou outro instrumento que se possa equiparar a “documento anexo”. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar (...) de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem⁷⁷.”

A cláusula compromissória não constitui condição especial no sentido do art. 29 da CLT, de modo que não é preciso, nem tem pertinência, consigná-la na carteira de trabalho.

11 – ARBITRAGEM INDIVIDUAL, NEGOCIAÇÃO COLETIVA E REGULAMENTO DE EMPRESA

A negociação coletiva não pode interferir nas condições postas pelo art. 507-A para a adoção de arbitragem no plano individual. De um lado, nem a convenção coletiva nem o acordo coletivo suprem o consentimento pessoal do empregado, necessário à adoção da arbitragem em litígios individuais. Não importa que prevejam logo a possibilidade de arbitragem. Sem a manifestação de vontade do próprio empregado, não é válida cláusula compromissória⁷⁸. Entre os casos em que a vontade do próprio empregado é prescindível, diante

75 Art. 2º, n. 5, da Lei da Arbitragem Voluntária.

76 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 105.

77 STJ, 3ª T., Proc. REsp 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.04.2016, DJe 20.05.2016. Decisão de 1985 do Tribunal Federal suíço já admitia: “La clause compromissoire ou le compromis peuvent aussi résulter d’un échange de télex” (ATF 111 Ib 253).

78 No mesmo sentido, antes da Lei nº 13.647/2017: MIRANDA, Fernando Hugo Rabello de. *Arbitragem nos conflitos individuais de trabalho*. São Paulo: dissertação (s.e.p.), 2004. p. 71.

da existência de norma coletiva – redução de salário, por exemplo –, não está a adoção da arbitragem. O direito brasileiro não seguiu no particular o italiano, que condiciona a arbitragem em matéria trabalhista à previsão na lei “o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”⁷⁹.

De outro lado, os instrumentos coletivos nada podem com relação aos requisitos postos pelo art. 507-A. Não lhes cabe ampliá-los, modificá-los ou restringi-los. O art. 613, inciso V, da CLT, quando se refere à previsão, em acordo ou convenção coletiva de trabalho, de “normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenientes por motivos da aplicação de seus dispositivos”, diz respeito apenas aos próprios sujeitos da negociação coletiva, ou seja, entidades sindicais ou empresas. As normas a serem criadas podem envolver, portanto, apenas a arbitragem no plano coletivo. Sintomaticamente, o art. 611-A, ainda que seu rol seja exemplificativo, não menciona a previsão do art. 507-A.

Em consequência, a norma coletiva não pode reduzir o limite mínimo da remuneração exigido para que se adote a arbitragem, tampouco pode elevá-lo, nem pode estabelecer outros requisitos, não previstos pelo legislador, como, por exemplo, exercício de função de confiança ou diretiva, formação de nível superior do empregado, idade mínima, aprovação ou homologação pela entidade sindical, assistência sindical na subscrição da cláusula, participação obrigatória de testemunhas instrumentárias, etc.

Tampouco é permitido ao regulamento de empresa disciplinar a matéria. Impor a arbitragem, por meio de previsão inscrita no regulamento, contrasta com o teor do art. 507-A, que exige iniciativa do empregado ou sua concordância expressa. A mera aceitação dos termos do regulamento pelo empregado, portanto, não é bastante, dela não se extraindo consentimento expresso para com a arbitragem. O que ao regulamento é dado fazer, como manifestação do poder diretivo, é externar antecipadamente a concordância da empresa, à qual

79 *Codice di Procedura Civile*, art. 806. A exigência de previsão em norma coletiva leva a doutrina a falar na necessidade, para a utilização da arbitragem em matéria trabalhista, de “una doppia manifestazione di volontà, prima collettiva, e successivamente individuale” (RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell'arbitrato*. Padova: CEDAM, 2002. p. 237). Interessante nota histórica sobre certo modo de arbitragem, “ampiamente utilizzato dai teorici e dai pratici del diritto del lavoro, sin dai primi anni ‘30” do século XIX – para a qual chamou a atenção Marcos Guilherme Ciccarino Fantinato, na leitura que fez do presente texto –, pode ser conferida em: HERNANDEZ, Salvatore. La via dell’equità per un arbitrato del lavoro più stabile em *Diritto delle relazioni industriali*. *Rivista della Associazione Lavoro e Ricerche*, Giuffrè, 1992, número 2, p. 13 e 18.

tem de adicionar-se, sucessiva e forçosamente, a do empregado, na forma do art. 507-A⁸⁰.

Admite-se, de todo modo, que a norma coletiva ou o regulamento de empresa prevejam regras favoráveis ao empregado no âmbito da arbitragem. Por exemplo, pode o empregador autolimitar o seu poder diretivo, expresso no regulamento de empresa, para dizer que a arbitragem, quando aceita com os requisitos do art. 507-A, sempre será feita sem ônus financeiros para o empregado. Essa possibilidade, que se estende à negociação coletiva, encontra fundamento no art. 11, inciso V, da Lei nº 9.307/96⁸¹.

12 – ABRANGÊNCIA

A cláusula compromissória pode delimitar a abrangência da obrigação de que se submetam as futuras controvérsias à arbitragem. Embora o mais comum seja a previsão ampla, para que se arbitrem todos os conflitos decorrentes do contrato, não há nenhum impedimento legal para a estipulação de cláusula parcial⁸², possibilidade que o direito português tangencialmente considerou, com a alusão no art. 18, n. 4, da Lei da Arbitragem Voluntária, à competência do tribunal arbitral para conhecer apenas parte do litígio, nos seguintes termos: “4 – A incompetência do tribunal arbitral para conhecer da totalidade ou de parte do litígio que lhe foi submetido só pode ser arguida até a apresentação da defesa quanto ao fundo da causa, ou juntamente com esta”. No direito espanhol, a Lei de Arbitragem é mais clara ao dispor que as partes são livres para sub-

80 Em termos próximos, conquanto em outro campo, cf. a seguinte decisão do Tribunal da Relação de Lisboa: “Não pode atribuir-se a natureza de cláusula compromissória à assinatura pela A., sociedade que se dedica à reparação de automóveis, de impresso proveniente do Centro de Arbitragem de Litígios de Reparação Automóvel, intitulado ‘Adesão – Cláusula Compromissória’, em que a mesma declara ‘Aderir ao Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem de Litígios de Reparação Automóvel, (...)’, e ‘Inserir nos contratos-tipo que utiliza ou vier a utilizar, cláusula designando como competente o tribunal Arbitral deste Centro. II – Essa declaração corresponde a uma declaração unilateral de adesão prévia, constituindo uma mera promessa de celebração de convenção arbitral’” (Proc. 316/10.8YXLSB.L1-2, Rel^a Teresa Albuquerque, Ac. 15.12.2011).

81 Também esse ponto foi notado por Flávio da Costa Higa, em amável leitura que se dispôs a fazer do presente texto.

82 Cf. VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 46, setembro de 1986, p. 365. Na doutrina nacional, SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública*. São Paulo: tese (s.e.p.), 2010. p. 297. Na jurisprudência, cf.: “Não há vedação, na ordem jurídica brasileira, para que a resolução dos conflitos das diversas obrigações de um contrato sejam cuidadas, de forma que parte seja resolvida por arbitragem e parte seja submetida ao Poder Judiciário” (STJ, CE, Proc. SEC 11106/EX, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.05.2017, DJe 21.06.2017) e “É válida (...) a cláusula compromissória constante de acordo que excepcione ou reserve certas situações especiais a serem submetidas ao Judiciário, mormente quando essas demandem tutelas de urgência” (STJ, 4^a T., Proc. REsp 1.331.100/BA, Rel. Min. Raul Araújo, j. 17.12.2015, DJe 22.02.2016).

meter à arbitragem “todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica”⁸³. A limitação da abrangência da cláusula é algo com interesse no âmbito do contrato de trabalho, em que são múltiplos, e muito distintos, os direitos decorrentes da principal relação jurídica posta.

Assim, é dado às partes restringir, na cláusula compromissória, a matéria ou as matérias que devam ser resolvidas por arbitragem. Pode-se dispor, por exemplo, que apenas as controvérsias relacionadas com duração do trabalho, com parcelas salariais ou com o direito ao recebimento de ações ou de um certo prêmio fiquem sujeitas à arbitragem. Para as demais, resta a solução jurisdicional, sem prejuízo, é evidente, de nova pactuação, ampliativa da anterior.

O fator objetivo de limitação pode ser o valor do litígio, excluindo-se da arbitragem os que excedam certo montante. Também é concebível, ao menos em tese, limitação que não seja objetiva, mas temporal, estabelecendo-se, na cláusula celebrada durante a vigência do contrato de trabalho⁸⁴, que apenas as controvérsias supervenientes fiquem sujeitas à arbitragem, não as antecedentes. A doutrina alvitra inclusive a possibilidade de aposição de elementos acidentais na convenção de arbitragem, sujeitando-a à condição resolutiva ou a termo final⁸⁵.

A delimitação do objeto da cláusula pode fazer com que a arbitragem incida apenas sobre controvérsias relacionadas com fatos ocorridos após a extinção do contrato de trabalho ou com efeitos produzidos depois disso, o que nada tem de extraordinário. É o caso de cláusula que preveja arbitragem unicamente para conflito em torno de pacto de não concorrência pós-contratual, surgindo a controvérsia após a dispensa do empregado. A arbitragem continua a ser trabalhista, sujeita aos limites do art. 507-A da CLT, embora não esteja relacionada com fatos verificados durante a execução do contrato de trabalho.

A cláusula celebrada com a empresa sucedida obriga a sucessora, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT. A *Ley General de Arbitraje* do Peru é, aliás, expressa ao estabelecer que “(e)l convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores (...)”⁸⁶. Não pode a empresa sucessora, portanto, pretender liberar-se da arbitragem, por não ter subscrito a cláusula compromissória. As obrigações anteriormente assumidas pela empresa sucedida vinculam-na, como efeito de seu ingresso na relação jurídica em que se formaram. Como notado por Evaristo de Moraes Filho, com a sucessão trabalhista, “o sucessor subentra,

83 Lei nº 60/03, art. 9, n. 1.

84 Cf. antes, item 8.

85 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 400.

86 Art. 9º da Lei nº 26572.

para os efeitos do direito do trabalho, na universalidade que constitui a empresa ou estabelecimento, substituindo a pessoa do antecessor, como se fosse ele próprio, continuando-o (...) A relação jurídica – arremata – permanece a mesma (...)”⁸⁷. Com a transmissão da relação jurídica básica, transmite-se também a obrigação arbitral⁸⁸.

A extensão em concreto da obrigação pactuada depende do que dispuserem as partes, o que implica a necessidade, por vezes complexa, de interpretar a cláusula⁸⁹. Essa interpretação faz-se observadas as normas próprias da interpretação dos negócios jurídicos em geral⁹⁰, como anotado em aresto do Tribunal da Relação de Portugal, *verbis*: “É consensual na doutrina e na jurisprudência que a interpretação do conteúdo das convenções de arbitragem está sujeita às regras da interpretação do negócio jurídico previstas nos artigos 236.º e ss. do CC”⁹¹.

87 *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. II, n. 259, p. 249.

88 Em doutrina, cf. VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 395. Para um exemplo, proveniente da jurisprudência espanhola, em que foi admitida, em caso de sucessão de empresas, a legitimação passiva para a arbitragem do sucessor, cf. a decisão tomada pelo Tribunal Superior de Justiça de Madrid, Sala do Civil e Penal, Processo STSJ M 12657/2015, Recurso 59/2015, Decisão 80/2015, de 05.11.2015, Rel. Jesus Maria Santos Vijande. A passagem do julgamento em que se discute e se resolve o problema da sucessão, está no item n. 4 da sentença (p. 8 e 9), cujo texto pode ser consultado, na íntegra, em <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7557710&links=arbitrabilidad&optimize=20151218&publicinterface=true>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

89 Para um exemplo, veja-se a discussão travada na Corte Suprema da Província da Ilha do Príncipe Edward, no Canadá, em julgamento de 23.06.2005, em que se registra, no sumário do julgado: “Arbitration – International Commercial Arbitration Act – deference by courts to agreement to arbitrate – exceptions – scope of arbitration clause – whether torts included – whether illegal contracts and fraud included” (*Agrawest & AWI v. BMA Nderland* 2005 PESC TD 36).

90 Para algumas considerações sobre a interpretação dos negócios jurídicos em geral, cf. DUARTE, Rui Pinto. *A interpretação dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2017; MCMEEL, Gerard. *The construction of contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2007; GRASSETTI, Cesare. *L'interpretazione del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1983; e CALDERAI, Valentina. *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2008. Em matéria de interpretação de cláusulas arbitrais, cf. VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 365; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem* cit., p. 88; e GONZALEZ, Francisco; MATURANA, Javier. *Interpretation of international arbitration agreements*. Disponível em: <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Chile/Gonzalez-Rioseco-Abogados/Interpretation-of-international-arbitration-agreements?utm_source=ILO+Newsletter&utm_medium=email&utm_content=Newsletter+2017-12-07&utm_campaign=Arbitration+%26+ADR+Newsletter>. Acesso em: 7 dez. 2017. Para notas do direito italiano, cf. MARENGO, Roberto. *La nuova disciplina dell'arbitrato – commentario*. Em conjunto com A. Briguglio e E. Fazzalari. Milano: Giuffrè, 1994. p. 6.

91 Processo 3062/10.9TJVN.F.P1, Rel.^a Márcia Portela, Ac. 13.03.2012. O mesmo Tribunal já antes havia decidido: “A interpretação sobre a inclusão de certa matéria na cláusula compromissória faz-se nos termos previstos no art. 236 do Código Civil” (Processo 9451263, Rel. Simões Freire, Ac. 03.04.95). E o Tribunal da Relação de Lisboa teve oportunidade de aduzir: “A interpretação da convenção de arbitragem que, no caso, assume a natureza de cláusula compromissória, porque reportada a litígios eventuais e futuros decorrentes de uma concreta e específica relação contratual (cfr. o art. 1.º, nº 2, da LAV), está submetida às regras de interpretação das declarações negociais, contidas nos arts. 236.º a 238.º, do C. Civil” (Proc. 1212/14.5T8LSB.L1-7, Rel. Roque Nogueira, Ac. 22.09.2015).

Parte-se da presunção de que todas as controvérsias estão compreendidas, especialmente quando a cláusula menciona o contrato em geral, sem ressalvas específicas. É o que se propõe acertadamente em doutrina⁹² e se acha positivado, por exemplo, no direito italiano, cujo *Codice di Procedura Civile* estabelece, no art. 808, *quater*: “Nel dubbio, la convenzione d’arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce”⁹³. Na jurisprudência portuguesa encontra-se acórdão em que, na linha do exposto, se resolveu: “Quando um artigo estabelece a obrigatoriedade da tentativa de conciliação previamente ao recurso ao tribunal arbitral, o artigo seguinte, ao dizer que, frustrada essa tentativa, as partes podem recorrer ao tribunal arbitral, deve ser interpretada no sentido de estar aberta a fase da arbitragem, e não como estabelecendo a competência alternativa dos tribunais judiciais... Em caso de dúvida, deve entender-se que as convenções arbitrais estabelecem competência exclusiva dos tribunais arbitrais, não sendo de aplicar analogicamente a regra constante do artigo 99º, nº 2, do CPC, para os pactos atributivos e pactos privativos de jurisdição”⁹⁴. No direito nacional, a cláusula que menciona a arbitragem de todas as controvérsias decorrentes do contrato de trabalho, ainda que celebrada apenas entre o empregado e a empresa que formalmente o contratou, deve ser lida de modo a abranger as demais empresas integrantes do grupo econômico,

92 Por exemplo: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo cit.*, p. 84.

93 Certa feita a Corte de Cassação italiana teve de examinar a abrangência da obrigação assumida em cláusula compromissória que sujeitava a arbitragem as seguintes controvérsias: “le controversie che dovessero insorgere tra società e ciascun socio, ovvero tra i soci medesimi, nonchè tra gli eredi del socio defunto e gli altri soci e/o la società, connesse alla interpretazione e all’applicazione dell’atto costitutivo e/o più in generale, all’esercizio dell’attività sociale, verranno deferite alla decisione dell’arbitro unico”. Entendeu que estavam compreendidos até mesmo atos anteriores ao ingresso da agente na sociedade, desde que “i danni si siano avuti successivamente all’acquisto della qualità di socio” (Cass. Civ., Sec. I, Sentença nº 20.741, de 10.10.2011). Em outra decisão, afirmou o mesmo tribunal: “secondo il consolidato indirizzo di questa Corte, il collegio arbitrale, al quale con una clausola siano state deferite le controversie in materia di interpretazione o di applicazione del contratto, è competente a decidere anche in materia di inadempimento o di risoluzione del contratto stesso poichè detto patto, in assenza di espressa volontà contraria, deve essere interpretato in senso lato, con riferimento a tutte le controversie relative a pretese aventi causa nel contratto (cfr. per tutte Cass., Sez. I, 22 dicembre 2005, nº 28485; Cass., Sez. I, 2 febbraio 2001 nº 1496; Cass., Sez. 2, 20 febbraio 1997, nº 1559)” (Cass. Civ., Sec. II, Sentença nº 13.531, de 20.06.2011). Em sentido contrário, porém, decidiu a *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil* da Argentina, em decisão de que se extrai a seguinte passagem: “(...) dado que la regla es que los juiciosse sustancien y decidan a través de los órganos a quienes se les delegó la administración de justicia, la competencia arbitral es de excepción y las convenciones contractuales que someten los conflictos a ese procedimiento deben ser interpretadas com especial prudencia y carácter restrictivo” (*Allende y Brea Sociedad Civil c/ Rattagan, Miguel*, j. 17.09.08. Disponível em: <<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B151&td=7&qn=1>>. Acesso em: 30 jan. 2018).

94 Tribunal da Relação do Porto, Processo 3062/10.9TJVNFP1, Relª Márcia Portela, Ac. 13.03.2012.

considerada a intenção das partes⁹⁵, em harmonia, inclusive, com o disposto na Súmula nº 129 do Tribunal Superior do Trabalho⁹⁶.

Prevista a arbitragem de litígios surgidos em torno do cumprimento do contrato de trabalho, devem entender-se abrangidas tanto as controvérsias sobre o que foi contratado pelas partes como igualmente as controvérsias que resultem da incidência “de normas legais aplicáveis a essa relação jurídica ou a efeitos legais de actos ou factos”⁹⁷. Se a cláusula menciona litígios decorrentes da inexecução do contrato, estão compreendidos “aqueles em que uma parte reclama contra a resolução do contrato pela outra parte, pois essa resolução implica a inexecução”⁹⁸.

A restrição da obrigação, tanto a objetiva como a temporal, não repercute no limite de que trata o art. 507-A da CLT. O parâmetro legalmente instituído não leva em conta a expressão econômica da controvérsia a ser resolvida por arbitragem, mas a remuneração do empregado. Logo, é possível que a importância econômica em discussão na arbitragem seja inferior ao valor mínimo de que cogita o art. 507-A, sem que fique prejudicada a validade da cláusula.

13 – ABRANGÊNCIA LIMITADA DA ARBITRAGEM E PREJUDICIALIDADE

Se a cláusula adotada menciona apenas parte das controvérsias decorrentes do contrato de trabalho – e não todas –, pode surgir a necessidade de pronunciamento do tribunal arbitral sobre questão cujo exame não lhe haja sido contratualmente atribuído. Suponha-se cláusula de arbitragem para discussão apenas do cumprimento do pacto de não concorrência pós-contratual, no qual a obrigação a cargo do empregado fique, por disposição das partes, afastada em caso de rescisão indireta provocada pelo empregador⁹⁹. Controvertendo-se sobre a responsabilidade pela rescisão do contrato, dado o empregador pretender qualificá-la como demissão, a solução do litígio caberá ao tribunal arbitral ou ao juízo trabalhista, consoante o pedido deduzido.

Para exigir o cumprimento da obrigação de não concorrência, o empregador deve dar início à arbitragem. E o tribunal arbitral pode e deve resolver

95 Código Civil, art. 112.

96 A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.”

97 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 360.

98 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 368.

99 É, aliás, a solução do direito suíço, em que a obrigação de não concorrência cessa “si l’employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié ou si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l’employeur” (Código suíço das obrigações, art. 340c, n. 2).

a controvérsia sobre a qualificação da extinção do contrato, a despeito da regra do art. 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/96. A discussão será travada sob a forma de questão prejudicial, emergindo a pertinência de sua apreciação no âmbito da lide arbitral, mesmo sem previsão na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral¹⁰⁰. A conclusão a que chegar o tribunal arbitral sobre a prejudicial – para dizer se houve mesmo demissão ou, antes, rescisão indireta – influi na exigibilidade do cumprimento da obrigação de não concorrência. Mas não decide definitivamente a divergência.

Para reclamar pagamento de aviso prévio e multa do FGTS, o empregado deve ajuizar ação trabalhista, no âmbito da qual a conclusão a que chegou o juízo arbitral, sobre a modalidade de extinção do contrato, não tem força vinculativa¹⁰¹. Em tese, é possível que as conclusões sejam conflitantes, entendendo-se, na arbitragem, ter havido rescisão indireta e, no juízo trabalhista, ter havido demissão. Surge, com certeza, contradição lógica entre os pronunciamentos, mas pouco importa. Como adverte Chiovenda, “i principii sulla cosa giudicata escludono (...) per sè stessi solo il conflitto pratico dei giudicati, cioè decisioni diverse rispetto alla stessa azione, quindi praticamente incompatibili (...) Essi invece non si preoccupano e non pongono alcun rimedio al semplice conflitto teorico dei giudicati, cioè al caso di decisioni logicamente incompatibili ma praticamente conciliabili”¹⁰²⁻¹⁰³.

100 A matéria a ser examinada prejudicialmente pode até mesmo não estar sujeita à arbitragem, como já decidiu o Tribunal Federal suíço: “Le tribunal arbitral est compétent pour examiner à titre préjudiciel si une infraction a été commise” (ATF 133 III 139). O direito italiano é expresso, no art. 819 do *Codice di Procedura Civile*, n. 1: “Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge”.

101 CPC, art. 503, § 1º, inciso III. *Mutatis mutandis*: “Não faz coisa julgada material a decisão da Justiça do Trabalho sobre retenção de imposto de renda, uma vez que aquela justiça especializada não possui competência para dispor sobre relação jurídico-tributária, com exceção das contribuições previdenciárias. Ademais, nos termos do art. 469, III, do CPC, questão prejudicial decidida incidentalmente não faz coisa julgada material” (TJRS, 22ª Câm. Cív., ApCív 700064935604, Relª Marilene Bonzanini, j. 08.06.2015, DJ 12.06.2015). Em doutrina, cf. ALVIM, J. E. Carreira. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 379.

102 *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1954. § 79, p. 920.

103 Para um exemplo na jurisprudência espanhola, em torno de arbitragem sobre acordo de não concorrência e conhecimento da matéria também pela jurisdição trabalhista, com comentários sobre o possível conflito de pronunciamentos, cf. a decisão tomada pelo Tribunal Superior de Justiça de Barcelona, Sala do Civil e Penal, Processo STSJ CAT 1280/2016, Recurso 3/2014, Decisão 6/2016, de 04.02.2016, Relª Maria Eugenia Alegret Burgues. A parte que interessa do julgamento está no item n. 10 da decisão (p. 10 e 11). Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7640786&links=arbitrabilidad&optimize=20160414&publicinterface=true>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

14 – ARBITRAGEM DE DIREITO OU DE EQUIDADE

Segundo a Lei nº 9.307/96, a arbitragem pode ser de direito ou de equidade, cabendo às partes a eleição do critério que entendam mais adequado aos seus interesses¹⁰⁴. A possibilidade de livre escolha está afastada apenas quando envolvida a administração pública. Impõe-se, no caso, a arbitragem de direito, por força, inclusive, de sua sujeição ao princípio constitucional na legalidade¹⁰⁵.

Em matéria trabalhista, o art. 507-A não cuida do assunto. Mas a Lei nº 13.467/2017 não derogou – nessa hipótese ao menos – o art. 9º da CLT. Permanece, portanto, a proibição de impedir-se, por ato de particulares, a aplicação dos dispositivos legais trabalhistas imperativos. Por conseguinte, entende-se não haver espaço para que as partes prevejam arbitragem por equidade em litígio trabalhista individual, o que, se aceito, deixaria margem para desconsiderar a incidência das normas legais na solução do conflito¹⁰⁶.

Se a cláusula compromissória prevê arbitragem por equidade, põe-se a dúvida de saber se a invalidade atinge todo o ajuste, deixando aberta a via judicial, ou se compromete apenas o critério previsto, mantida a solução arbitral, a ser feita, porém, segundo as regras de direito. É, no fundo, o problema da extensão da nulidade parcial¹⁰⁷. O ponto decisivo está no art. 184 do Código Civil, cuja pertinência, em matéria de arbitragem, não suscita dúvida teórica¹⁰⁸. O importante – não sendo o caso de indivisibilidade objetiva¹⁰⁹, ou seja, “l’acte est matériellement divisible”¹¹⁰ –, é, como lembra a doutrina¹¹¹, a intenção prática das partes. Se pactuaram a cláusula com o propósito de solucionar o litígio por equidade, todo o ajuste é inválido. Não há como o decompor, diante

104 Lei nº 9.307/96, art. 2º, *caput*.

105 Constituição, art. 37, *caput*, e Lei nº 9.784/99, art. 2º.

106 Sobre a questão, no sistema jurídico italiano, cf. HERNANDEZ, Salvatore. *La via dell’equità per un arbitrato del lavoro più stabile* cit., p. 19.

107 Para algumas reflexões sobre a matéria, um pouco menos estudada pela doutrina nacional, cf. MARZIO, Fabrizio Di. *La nullità del contratto*. Padova: CEDAM, 1999. p. 389 e segs. Obrigatória a referência ao livro de SIMLER, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques*. Paris: LGDJ, 1969, em que a exposição é bastante mais aprofundada. Mais recentemente, no campo trabalhista, VICENTE, Joana Nunes. *A invalidade parcial do contrato de trabalho*. Coimbra: Gestlegal, 2017, *passim*.

108 Expressamente admitindo a aplicação, em matéria de arbitragem, do dispositivo correspondente, no direito português, VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 371.

109 A propósito: SIMLER, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques* cit., n. 295 e segs., p. 358 e segs.

110 SIMLER, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques* cit., n. 302, p. 369.

111 DAMAS, Joaquim Domingues. *A redução do negócio jurídico*, p. 717. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7Bc1ea44d2-6997-4348-8474-38b4f80f0cf5%7D.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

de seu “scopo unitario”¹¹². O fim principal buscado – solução por equidade – compromete todo o acordo¹¹³. Se, ao contrário, pretenderam, como fim principal, obter solução arbitral para a controvérsia, elegendo, por desconhecimento do limite legal, o critério da equidade, o resultado pode ser diverso, de modo que se mantenha a cláusula. É, ao fim e ao cabo, a ideia subjacente ao seguinte pronunciamento do Tribunal Federal suíço: “S’il n’est pas possible de constituer le tribunal arbitral en appliquant le règlement adopté par les parties, cela n’entraîne pas nécessairement la nullité de la clause compromissoire lorsque celle-ci fait clairement ressortir la volonté des parties de soumettre leurs différends à une juridiction arbitrale privée”¹¹⁴.

Será preciso, portanto, buscar a intenção das partes, mediante interpretação do negócio, sem desconsiderar o peso que possam ter as tratativas, pois, como já disseram os tribunais norte-americanos, “(a)s an aid in discovering the all-important element of intent of the parties to the contract, the trial court may look to the circumstances surrounding the making of the agreement (...) the preliminary negotiations between the parties (...)”¹¹⁵.

Nada impede que haja disposição expressa no compromisso sobre a separabilidade ou não das suas partes¹¹⁶, o que se mostra mesmo recomendável, para evitar as incertezas interpretativas que o silêncio pode ocasionar. Se o próprio negócio estabelece que a invalidade do critério eleito (solução por equidade) não compromete o restante do ajuste – ou o contrário –, *tollitur quaestio*. No primeiro caso, excluída a solução por equidade, permanece a obrigação decorrente do compromisso. No segundo, a obrigação toda fica invalidada.

112 BIANCHI, Giorgio. *Nullità e annullabilità del contratto*. Padova: CEDAM, 2002. p. 500, com indicação de precedente da Corte de Cassação italiana. Na doutrina nacional, Zeno Veloso anota: “ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total” (*Invalidade do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 95).

113 É a solução que resulta também do art. 1.419, *principio*, do Código Civil italiano: “La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”.

114 ATF 130 III 66.

115 *Universal Sales Corp. v. California Press Mfg. Co.* (20 Cal.2d 751).

116 VICENTE, Joana Nunes. *A invalidade parcial do contrato de trabalho* cit., p. 98.

De toda maneira, diante do teor do art. 184 do Código Civil, a presunção, tal como no direito português¹¹⁷ e no suíço¹¹⁸, é a da separabilidade das disposições: *utile per inutile non vitiatur*.

15 – CLÁUSULA BILATERAL OU UNILATERAL

Concebem-se, em teoria, cláusulas compromissórias unilaterais ou assimétricas e cláusulas compromissórias bilaterais ou recíprocas. Estas obrigam ambas as partes; aquelas deixam a uma delas, mas não à outra, a prerrogativa de aceitar ou não a arbitragem. É controvertida a validade das primeiras. Há quem as admita, sob o argumento de que “não é necessária a reciprocidade” na arbitragem¹¹⁹. Mas encontram-se precedentes judiciais contrários também. Em *Union Of India vs Bharat Engineering Corporation*, a *High Court of Delhi* decidiu que “for an arbitration agreement to be born, both parties must promise to submit differences to arbitration”¹²⁰. O exame da jurisprudência em diferentes sistemas jurídicos como Reino Unido, Estados Unidos, França, Itália e Portugal mostra que o único ponto comum entre eles é que “there is no universal rejection – or acceptance – of asymmetrical arbitration clauses”¹²¹.

No sistema brasileiro, cláusula que impusesse a arbitragem apenas para o empregado, deixando ao empregador a faculdade de optar por sua adoção ou pela utilização da alternativa jurisdicional, seria contrária à teleologia do art. 507-A da CLT, cujo sentido é criar uma alternativa para o empregado, não para o empregador. Mas não há razão para repelir-se a solução oposta, ou seja, cláusula que imponha a arbitragem apenas para o empregador, deixando ao empregado

117 O artigo 292º do Código Civil português estabelece: “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”. A mencionar, a partir do artigo 292º, “uma presunção de divisibilidade ou separabilidade do negócio, sob o ponto de vista da vontade das partes”, Supremo Tribunal de Justiça, Proc. nº 08A1736, Rel. Fonseca Ramos, j. 24.06.08. Em doutrina, novamente: DAMAS, Joaquim Domingues. *A redução do negócio jurídico* cit., p. 721.

118 Trata-se do artigo 20, n. 2, do Código Suíço das obrigações, *verbis*: “Si le contrat n’est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu’il n’y ait lieu d’admettre que le contrat n’aurait pas été conclu sans elles”.

119 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 362. Com a mesma conclusão, sem indicação de fundamento, todavia: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem* cit., p. 93. Na jurisprudência norte-americana, no mesmo sentido, cf. *Ex Parte McNaughton*, 728 So. 2d 592 (Ala. 1998), com a afirmação, em resumo, de que “arbitration is not inherently unconscionable, nor is it a remedy”, podendo a sua adoção, portanto, ser imposta apenas para uma das partes, e não para ambas.

120 ILR 1977 Delhi 57, 1977 RLR 499; a passagem transcrita encontra-se no item 22 da decisão.

121 HENRIQUES, Duarte Gorjão. Asymmetrical arbitration clauses under the Portuguese law. *Young Arbitration Review*, October 2013, p. 60. Disponível em: <http://www.bch.pt/Extract_October_2013_YAR.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

a alternativa da escolha. A literalidade do art. 4º da Lei nº 9.307/96, com a menção ao compromisso das “partes” – não ao compromisso de apenas uma delas –, não é decisiva e não suplanta a especificidade da arbitragem trabalhista.

Se a cláusula prevê obrigação de arbitragem apenas para o empregado, não para o empregador, recoloca-se o problema da abrangência da nulidade, versando no item anterior. A previsão invalida a cláusula toda ou, ao contrário, a limitação, de modo a fazer com que a obrigação estenda-se também ao empregador? A primeira alternativa é a mais correta e condizente com o critério já proposto. A vontade de uma das partes é não se obrigar, algo que implica a nulidade do ajuste. Ampliar o ajuste, para salvá-lo, leva à sua completa remodelação, com uma contratação diversa, o que violenta a vontade negocial. Admiti-lo “constitui uma ingerência indevida no espaço reservado à autonomia das partes”¹²². Vale, no caso, a advertência de Jossierand, ainda que formulada em outro contexto, tendo em conta a chamada teoria da desnaturação, utilizada para limitar a interpretação judicial dos contratos: “les tribunaux ne peuvent pas, sous prétexte d’interpréter un contrat, le dénaturer (...) ils ne peuvent pas refaire l’acte”¹²³. Os tribunais brasileiros já tiveram o cuidado de evitar esse resultado, fazendo respeitar a vontade das partes¹²⁴.

Somente se as próprias partes tiverem previsto – o que há de ser raro na prática – a ampliação da obrigação, para, em caso de invalidade do ajuste unilateral, torná-lo bilateral, é que se poderá salvar o compromisso. Nesse caso não há remodelação da contratação ou sua desnaturação, mas estrita aplicação da vontade das partes, manifestada de maneira sucessiva, a saber: obrigação A (compromisso unilateral), substituída, em caráter sucessivo, pela obrigação B (compromisso bilateral), se invalidada a primeira.

122 VICENTE, Joana Nunes. *A invalidade parcial do contrato de trabalho* cit., p. 108.

123 *Cours de droit civil positif français*. Paris: Sirey, 1933, II, n. 242, p. 128. No mesmo sentido: PLANIOL; RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: LGDJ, 1932. *Tome deuxième*, n. 1.184, p. 445. Cf., para a indicação de vários precedentes da Corte de Cassação francesa: *Code Civil*. Paris: Dalloz, 2004. p. 922. Sobre a teoria da desnaturação, mais amplamente, cf. BORÉ, Jacques. *La cassation en matière civile*. Paris: Sirey, 1988. n. 1.232, p. 415 e segs.

124 No Superior Tribunal de Justiça decidiu-se, ao não aplicar a regra do art. 184 do Código Civil: “Nos termos do art. 184 do CC/02, a nulidade parcial do contrato não alcança a parte válida, desde que essa possa subsistir autonomamente. Haverá nulidade parcial sempre que o vício invalidante não atingir o núcleo do negócio jurídico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total. O princípio da conservação do negócio jurídico não deve afetar sua causa ensejadora, interferindo na vontade das partes quanto à própria existência da transação” (STJ, 3ª T., REsp 981.750/MG, Relª Minª Nancy Andrihgi, j. 13.04.2010, DJe 23.04.2010).

16 – APLICAÇÃO DO DIREITO E INCONSTITUCIONALIDADE

Ao árbitro incumbe, como juiz de fato e de direito¹²⁵, examinar a constitucionalidade das normas a aplicar ao caso submetido a decisão. Se as entender inconstitucionais, deve deixá-las de lado, em respeito à supremacia da Constituição¹²⁶. A Corte Constitucional italiana, no particular, já admitiu incidente de inconstitucionalidade suscitado por árbitro, nos seguintes termos: “l’arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l’applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l’aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l’interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. Il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell’itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali – come ogni giudice – sono vincolati al dovere di interpretare le leggi *secundum Constitutionem*”¹²⁷. E o Tribunal Constitucional de Portugal aduziu, sobre o tema: “Os tribunais arbitrais (necessários e voluntários) são também ‘tribunais’, com o poder e dever de verificar a conformidade constitucional de normas aplicáveis no decurso de um processo judicial e de recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais”¹²⁸.

No sistema brasileiro, em que o juízo abstrato concentrado convive com o juízo incidental difuso, a inconstitucionalidade pode ser diretamente declarada pelo árbitro, sem submissão da controvérsia a algum tribunal¹²⁹.

125 Art. 18 da Lei nº 9.307/96.

126 MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 225; e FAZZALARI, Elio. *La nuova disciplina dell’arbitrato* – commentario. Em conjunto com A. Briguglio e Roberto Marengo, cit., p. 141.

127 Sentença nº 376/2001, decisão de 22.11.01, publicada em 05.12.01.

128 Acórdão nº 181/2007, Rel. Paulo Mota Pinto, decisão de 08.03.07.

129 No mesmo sentido: TIBURCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, maio/ago. 2014, v. 266, p. 173; e WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, v. 1, n. 4, ano III, p. 22. Disponível em: <http://frame.sistemapueridomus.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-1.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2017. No sistema português, ao contrário, a decisão do tribunal arbitral que pronuncia a inconstitucionalidade de alguma norma fica sujeita a recurso para o Tribunal Constitucional, não se admitindo nem mesmo que as partes pretendam, ao abrigo do artigo 39º, n. 4, da Lei da Arbitragem

17 – ARBITRAGEM, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS VINCULANTES

Para a solução da controvérsia, pode o Tribunal Arbitral servir-se da jurisprudência judiciária ou, se pertinente, administrativa¹³⁰, utilizando-a como fundamento decisório. Mas não está de nenhuma forma obrigado a fazê-lo. Em arbitragem trabalhista a desenvolver-se no Rio de Janeiro, por exemplo, o tribunal arbitral não precisa respeitar as súmulas do Tribunal do Trabalho da 1ª Região e tampouco as do Tribunal Superior do Trabalho. Não se lhe aplica a regra do art. 927 do CPC.

Não se acha o árbitro sujeito às súmulas em geral, nem mesmo às vinculantes, por não integrar o Poder Judiciário ou a administração pública, direta ou indireta¹³¹. Contra sua decisão contrária a súmula vinculante não cabe a reclamação prevista no art. 103-A, § 3º, da Constituição¹³². A regra do art. 18 da Lei nº 9.307/96 deve ser lida de modo amplo. A não sujeição “a recurso” compreende também medidas outras, de natureza recursal discutível ou mesmo sem natureza recursal. O precedente jurisprudencial importa, na arbitragem, apenas por sua eficácia persuasiva, não pelo valor adicional que adquire no âmbito do Poder Judiciário.

Decisão arbitral que seja fundamentada, ainda que em contradição com a jurisprudência dominante, sumulada ou não, satisfaz a exigência do art. 26, inciso II, da Lei nº 9.307/96¹³³. Fundamentação incorreta ou inadequada não é equivalente à inexistência de fundamentação. Não é passível de anulação, na forma do art. 32

Voluntária (“A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável”), convencionar a exclusão dessa recorribilidade, por conta do disposto no art. 73 da Lei do Tribunal Constitucional, em que se estabelece: “O direito de recorrer para o Tribunal Constitucional é irrenunciável”. Sobre o tema, de maneira mais desenvolvida: MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto. Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano IX, n. 16, 2009, p. 185 e segs.

130 Pense-se em pronunciamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ou do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

131 TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. São Paulo: s.e.p. (tese), 2008. n. 3.18.7, p. 169.

132 TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>>. Acesso em: 26 dez. 2017; e ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro*. *Revista de Processo*, dez. 2012, vol. 214. Disponível também em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/arbitragem-e-efeito-vinculante-v.-digital.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017. p. 6.

133 Sem razão, no particular, ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro cit*. Acesso em: 26 dez. 2017. p. 10.

da Lei nº 9.307/96, tão só por desprezeitar a jurisprudência¹³⁴. A jurisprudência espanhola já repeliu, com todo acerto, pedido de anulação de decisão arbitral que, de maneira fundamentada, não aplicou a jurisprudência invocada por uma das partes¹³⁵. Há que ter o cuidado de não transformar a ação anulatória do art. 32 em meio recursal indireto, para rever o acerto da decisão tomada pelo tribunal arbitral¹³⁶.

18 – DISTRATO

A cláusula compromissória reveste-se de força obrigatória, impeditiva de qualquer alteração ou desconsideração unilateral (*pacta sunt servanda*). A

-
- 134 TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial* cit. Acesso em: 26 dez. 2017. Em sentido contrário: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>>. Acesso em: 11 fev. 2018. É excessivo dizer, como faz o último autor, que o árbitro, reconhecendo a existência do precedente, decidindo, porém, em desacordo com ele, “estará julgado exclusivamente conforme seu senso de justiça”, o que envolveria, no fundo, pronunciamento por equidade, sem autorização das partes, ou pronunciamento sem os elementos do art. 26, inciso II, da Lei nº 9.307/96. A proposição mostra-se exagerada. Solução que não aplica a jurisprudência não é juridicamente equivalente à solução tomada por equidade ou solução que não examina “as questões de fato e de direito” submetidas à apreciação. Pode ser, pura e simplesmente, solução que aplica outra interpretação, também legítima ou aceitável. Tampouco se subscreve a assertiva de que “o que gera o vício e a possibilidade de anulação é o julgamento expressa e conscientemente *contra legem*. Nele se reconhece a existência de lei ou do precedente vinculante, mas se deixa de aplicá-los por entender, o árbitro, ser capaz de encontrar solução mais justa do que encontrou o legislador ou a corte de precedente” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais* cit. Acesso em: 11 fev. 2018). Essa última ideia deixa a anulabilidade da decisão na dependência da expressão contida na decisão arbitral ou na mente dos árbitros, não no seu conteúdo intrínseco. Vício que é objetivo fica subjetivado e facilmente contornável. Por fim, não se compreende como admitir a anulação de sentença arbitral que não aplica a jurisprudência e não a da sentença arbitral que aplica mal a lei. Aberta uma exceção, outras deveriam, por coerência, ser admitidas. O sistema desenhado pelo legislador, contudo, ruiria por inteiro. Melhor é mesmo afastar a anulabilidade da decisão arbitral contrária à jurisprudência.
- 135 Tribunal Superior de Justiça, Sala do Civil e Penal de Madrid, Processo STSJ M 9471/2017, Recurso 18/2017, Decisão 52/2017, de 19.09.2017, Rel^a Susana Polo Garcia. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=8169037&links=arbitrabilidad&optimize=20171018&publicinterface=true>>. Acesso em: 3 jan. 2017.
- 136 Na jurisprudência nacional: “Sentença arbitral. Ação anulatória desta. Defeito formal. Superação por posterior decisão esclarecedora. Ausência de violação de normas cogentes com o julgamento pela corte arbitral. Questionamentos trazidos pela parte queixosa que são limitados à mera valoração das provas e interpretação do contrato que deu azo à demanda. Eficácia da decisão que, em tais circunstâncias, é inquestionável. Imprudência pronunciada em primeiro grau. Apelação denegada” (TJSP, 25ª Câmara. Dir. Priv., Ap. 9000084-58.2008.8.26.0100, Rel. Sebastião Flávio, j. 22.04.2014, DJ 23.05.2014) e “A nulificação da sentença arbitral somente pode ser buscada judicialmente nas hipóteses taxativas e de ordem formal elencadas pelo art. 32 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Alegação de violação ao princípio do contraditório, ante o indeferimento de produção de prova. Não configuração. Aos árbitros se aplicam os mesmos princípios inerentes à função judicante, notadamente o livre convencimento motivado ou persuasão racional. Os elementos probatórios colacionados aos autos eram aptos, idôneos e suficientes para o deslinde da questão. Em última análise, as apelantes buscam a desconstituição da sentença arbitral, contrária à pretensão que deduziram, por razões de mérito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Negado provimento” (TJSP, 25ª Câmara. Civ., Ap. 1007915-84.2017.8.26.0100, Rel. Hugo Crepaldi, j. 14.09.2017, DJ 14.09.2017).

Corte de Cassação francesa teve oportunidade de lembrar que “l’arbitre est investi de la mission de trancher le litige en vertu d’un contrat, lui-même doté de la force obligatoire de l’article 1134 du Code Civil (...)”¹³⁷.

Como é natural, todavia, pode haver nova contratação ou até distrato, como explicitado no artigo 4º, n. 2, da Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal: “A convenção de arbitragem pode ser revogada pelas partes, até à prolação da sentença arbitral”. Consequentemente, cláusula limitada – em que prevista a arbitragem apenas para solução da controvérsia sobre o objeto “a” do contrato, e não sobre os objetos “b” e “c” – comporta extensão ulterior ou, inversamente, cláusula ampla pode ser mais adiante restringida. Ressalve-se, porém, a impossibilidade de ampliação da cláusula se ausente, no momento, o pressuposto do art. 507-A da CLT. Quer dizer, celebrada cláusula limitada, para arbitragem apenas de controvérsia sobre o objeto “a”, não há como ampliá-la mais adiante, para incluir os objetos “b” e “c” quando o empregado, por ter deixado o exercício de função gratificada, não ganha mais o salário exigido.

Para a alteração da cláusula há que observar a mesma forma exigida em sua celebração. Também assim para o distrato formal, ou revogação, embora o mesmo resultado possa ser alcançado por via diversa, menos formal. É que no direito brasileiro, tal como se vê no direito português¹³⁸, no italiano¹³⁹ e no espanhol¹⁴⁰, a exceção decorrente da existência de cláusula compromissória é de natureza relativa. Deve ser suscitada pela parte interessada, no prazo para a

137 *Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile*, Proc. 13-20350, decisão de 14.01.2015, *Bulletin* 2015, I, nº 1.

138 Cf. artigo 5º, n. 1, da Lei da Arbitragem Voluntária e, ainda, as seguintes decisões, a primeira do Supremo Tribunal de Justiça; a segunda, do Tribunal da Relação de Lisboa: “Da convenção arbitral nasce um direito potestativo para as partes e se para a resolução de um litígio objecto dela uma parte recorrer ao tribunal comum deve a outra arguir, sem isso importar qualquer restrição do direito de acesso aos tribunais, a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, a qual não é de conhecimento oficioso” (STJ, Proc. 99A1015, Rel. Aragão Seia, j. 18.01.00) e “Mesmo que as partes hajam validamente estipulado o recurso à arbitragem (por compromisso arbitral ou cláusula compromissória), a exceção da violação de tal convenção deverá ser deduzida pelo R. para que o tribunal dela possa conhecer” (RL, Proc. 3041/2006-2, Rel^a Maria José Mouro, Ac. 20.04.06).

139 BIAMONTI, Luigi. *Arbitrato cit.*, p. 926. O mesmo quadro está presente ainda no direito canadense. Em *ABN Amro Bank Canada v. Krupp MaK Maschinenbau GmbH et al.*, a Corte de Ontário decidiu, em julgamento de 23.12.94: “Arbitration – International commercial arbitration – Stay of proceedings – Request that dispute be referred to arbitration must be made to court – Request must be made before party takes step in proceeding (...)”. A decisão encontra-se disponível para consulta, na íntegra, em: <http://www.uncitral.org/docs/clout/CAN/CAN_231294_FT.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

140 Artigo 11, n. 1, da Lei nº 60/03: “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda”.

defesa¹⁴¹. O silêncio “implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”, conforme art. 337, § 6º, do CPC. Por conseguinte, o efeito do distrato pode ser obtido, quando judicializada a controvérsia, sem nenhuma formalidade adicional, com o mero silêncio do réu. Daí alguma doutrina preferir separar a revogação – decorrente do exercício da mesma autonomia de vontade das partes exercitada quando celebração do ajuste – da renúncia, caso em que “a vontade, pelo menos de uma das partes, é manifestada tacitamente”¹⁴². A regra do art. 472 do Código Civil não afasta a solução, por ser impertinente no contexto.

19 – DIREITO INTERTEMPORAL

Não oferece dificuldade a aplicação da regra do art. 507-A da CLT aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor. Mais delicada, porém, é a situação dos contratos vigentes nessa altura e, de outra parte, a dos contratos extintos antes.

Como relação jurídica de trato sucessivo, o contrato de trabalho fica sujeito, em princípio, à incidência da lei nova: *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*. É o que expressa, de maneira imperfeita e incompleta, o art. 912 da CLT, principal dispositivo de direito intertemporal trabalhista¹⁴³. Sem embargo, não se põe em dúvida que, mesmo no âmbito dos contratos em curso, as situações consumadas e já consolidadas não sofrem as injunções da lei nova. Para dar apenas um exemplo, toma-se o caso do percentual de horas extras estabelecido pela Constituição de 1988, mais elevado do que os anteriormente positivados. Ainda que se passe a aplicar o novo percentual nos contratos em curso, a hora extra antes prestada – situação consumada sob o império da lei precedente – não é remunerada com o acréscimo de 50%, mesmo que o pagamento tenha sido feito depois da mudança¹⁴⁴. Nem cabe invocar o princípio da norma mais favorável, que não tem relação com a matéria.

141 Com mais ampla fundamentação, cf. ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. São Paulo: tese (s.e.p.), 2012. p. 92 e segs. Em jurisprudência: “Dissolução de sociedade. Contrato que prevê a solução de conflitos por arbitragem. Impossibilidade de conhecimento desta questão de ofício pelo juiz. Inteligência do art. 301, § 4º, do Código de Processo Civil. Necessidade de a parte contrária suscitar a convenção de arbitragem. Recurso contra essa decisão, provido para anular a r. sentença” (TJSP, 1ª Câmara. Dir. Empresarial, Ap. 0010630-10.2011.8.26.0268, Rel. Teixeira Leite, j. 26.06.2012, DJ 29.06.2012).

142 VENTURA, Raúl. *Convenção de arbitragem* cit., p. 400.

143 Para algumas considerações sobre o assunto, cf. MALLETT, Estêvão. Conflitos de leis trabalhistas no tempo. In: *Temas de direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 1998. p. 23 e segs.

144 “HORAS EXTRAS. PERCENTUAL DE 50%. O percentual de 50%, previsto na Constituição da República de 1988 (art. 7º, inciso XVI), só é aplicável às horas extras ocorridas a partir de 5 de outubro

A previsão do art. 507-A, no entanto, não envolve situação material consolidada ou consumada. Há, apenas, franquia anteriormente não prevista. Permite-se aquilo que, segundo a jurisprudência, antes não era lícito. E o que se passa a autorizar pode ser feito desde logo. Considere-se uma outra figura trazida também pela Lei nº 13.467/2017, a saber, a extinção contratual por acordo entre empregado e empregador, agora prevista no art. 484-A da CLT. O contrato celebrado antes da Lei nº 13.467/2017, desde que vigente ao tempo da sua entrada em vigor, pode ser extinto por acordo, por aplicação do art. 484-A. O mesmo vale para a cláusula compromissória arbitral. Aliás, no caso do art. 507-A, disciplina-se o exercício da jurisdição, permitindo-se substituí-la pela arbitragem. Em consequência, a nova previsão aplica-se não apenas aos contratos ainda em curso, como até àqueles extintos antes de sua entrada em vigor, na forma do art. 14 do CPC.

Mais complexo é o problema das cláusulas celebradas antes da entrada em vigor do art. 507-A. Admitido que na altura eram inválidas, consoante a jurisprudência então dominante, podem agora ser invocadas, para forçar a solução arbitral de controvérsias? A indagação tem mais interesse do que parece à primeira vista. Ao formulá-la, não se pensa tanto em contrato de trabalho em que tenha sido inserida, antes da Lei nº 13.467/2017, cláusula compromissória, algo que se supõe seja infrequente. Mas é preciso levar em conta a possibilidade – já muito mais relevante na prática – de contrato de prestação de serviço ou, ainda, de representação comercial em que, pactuada remuneração igual ou superior à prevista no art. 507-A, se tenha estabelecido a solução de qualquer controvérsia decorrente de sua execução por meio de arbitragem. No cenário anterior, se o prestador de serviço ou o representante comercial pretendia pleitear a requalificação do contrato, com declaração de sua natureza trabalhista, poderia, segundo a jurisprudência dominante, ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho, ante a invalidade, em matéria trabalhista, da cláusula compromissória. Afinal, a Justiça do Trabalho – na linha da jurisprudência da Corte de Cassação francesa¹⁴⁵ – não reconhecera o princípio segundo o qual compete ao tribunal

de 1988, em face do princípio da irretroatividade das leis” (TST, 4ª T., RR 57.219/92, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, Ac. 2.393, DJU 20.08.93, p. 16.464). O mesmo vale para as férias adquiridas antes da inclusão do acréscimo do terço remuneratório, outra hipótese de situação consolidada: “O direito introduzido na Constituição de receber férias acrescidas de um terço (art. 7º, XVII) veio a ser positivado somente a partir de 5 de outubro de 1988, não podendo alcançar situações que se consolidaram em data anterior a sua vigência, quando inexistia norma jurídica que o impusesse, sob pena de emprestar-lhe efeito retroativo” (STF, 1ª T., AgRgAI 152.578/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 24.03.95, p. 6.809).

145 Cf. a seguinte decisão: “Il résulte de l’article L. 1411-4 du Code du Travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l’arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n’est pas applicable en matière prud’homale” (*Cour de Cassation, Chambre Sociale*, Proc. ns. 11-12905 e 11-12906, decisão de 30/11/2011, *Bulletin* 2011, V, nº 277).

arbitral decidir sobre a validade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, dito princípio *Kompetenz-Kompetenz*¹⁴⁶, positivado, no direito brasileiro, pelo parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307/96¹⁴⁷. *Quid juris* se a ação trabalhista é ajuizada agora, após a entrada em vigor do art. 507-A da CLT?

Aceita a premissa apresentada, de invalidade da cláusula para solução de litígio trabalhista individual antes da Lei nº 13.467/2017 – que alguma doutrina põe em dúvida, como visto no início –, a resposta tem de ser negativa. A validade é definida pelo direito vigente ao tempo em que o ato se aperfeiçoa¹⁴⁸. *Tempus regit actum*. A solução do direito suíço, de definição da validade da convenção de arbitragem conforme o “direito mais favorável”¹⁴⁹, é aberrante e cria vários problemas. O que se deve entender por “direito mais favorável”? É o direito mais favorável à arbitragem ou o direito mais favorável à validade da

146 Sobre o princípio, suas origens, evolução e limites, cf. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado da arbitragem* cit., p. 189 e segs.

147 Em decisão do TRT da 10ª Região, por exemplo, pode-se ler, no corpo do acórdão: “(...) no caso da arbitragem a parte permanece com o direito de ação, embora para discussão de matéria diversa (a própria controvérsia material ou ainda defeitos ou nulidade da arbitragem pretendida ou realizada) (...)” (TRT 10ª Reg., 2ª T., Proc. RO 01302-2007-007-10-00-0, Rel. Alexandre Nery de Oliveira, j. 26.05.09, DJ 12.06.09). Também assim, no caso de cláusula compromissória prevista em contrato de prestação de serviço: “Reconhecimento de relação celetista natureza trabalhista. Direito indisponível. A demanda versa sobre pedido de reconhecimento de relação celetista, formulando o autor pleito de natureza trabalhista, os quais são indisponíveis e, portanto, estão ao largo da competência prevista no art. 1º da Lei nº 9.307/96, razão pela qual se determina o retorno dos autos à Vara de origem, para complementação da prestação jurisdicional” (TRT 7ª Reg., 1ª T., Proc. RO 0189600-4220085070001, Relª Lais Maria Rossas Freire, j. 05.10.09, DEJT 19.11.09). Sempre no mesmo sentido, ainda: TRT 23ª Reg., 1ª T., Proc. RO 0000521.89.2016.5.23.0107, Rel. Tarcísio Valente, j. 21.02.2017, DEJT 02.03.2017. Com a decisão tomada pelo STJ no julgamento do CC 139.519/RJ (1ª Sec., Relª p/ o Acórdão Minª Regina Helena Costa, DJe 10.11.2017), em que afirmado o cabimento de conflito de competência entre tribunal judiciário e tribunal arbitral (“I – Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.”), o resultado hoje pode ser outro. Iniciada a ação trabalhista, havendo arbitragem em curso, a aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz* e do precedente mencionado leva a que se declare competente apenas o tribunal arbitral para decidir sobre a validade e os limites da arbitragem em curso, como assentado no mencionado aresto, *verbis*: “IX – A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20 da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015) (...) XIII – Prematura abertura da instância judicial em desconformidade com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral. XIV – Conflito de competência conhecido e julgado precedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados”.

148 MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade* cit., p. 38.

149 É o que consta do art. 407, n. 1, do Código de Processo Civil suíço, *verbis*: “La validité des conventions d’arbitrage conclues avant l’entrée en vigueur de la présente loi est déterminée selon le droit le plus favorable”.

DOCTRINA

convenção ou o mais favorável a ambas as partes ou, ainda, o mais favorável a apenas uma delas?

Não há convalidação do nulo pelo direito superveniente. Nas palavras de Pontes de Miranda, “se o negócio jurídico é nulo (...) a circunstância posterior, que excluiria a nulidade (*e.g.*, lei nova, cessação do estado civil que impedia a conclusão válida do negócio jurídico), não tem a consequência de tornar válido o que não o foi *ab initio*”¹⁵⁰. Na Lei n° 7/09, que aprovou a revisão do Código do Trabalho de Portugal, está expressa a solução, no artigo 7º, n. 1: “Sem prejuízo do disposto no presente artigo e nos seguintes, ficam sujeitos ao regime do Código do Trabalho aprovado pela presente lei os contratos de trabalho e os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho celebrados ou adoptados antes da entrada em vigor da referida lei, salvo quanto a condições de validade e a efeitos de factos ou situações totalmente passados anteriormente àquele momento”.

150 *Tratado de direito privado* cit., tomo IV, § 407, n. 3, p. 202-203. Em sentido contrário, todavia, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “Uma cláusula contratual de desaforamento inquinada de invalidade por força do disposto no artigo 99 do Código de Processo Civil, na redacção de 1967, ficou convalidada através do artigo 3 da Lei 21/78 de 3 de Maio que alterou a programática do referido artigo 99 do Código de Processo Civil” (STJ, Proc. 083541, Rel. Miguel Montenegro, j. 09.03.93). De igual modo, aceitando convalidação superveniente, ao menos em parte, mas, ainda assim, no campo muito particular da inconstitucionalidade por violação do princípio da proibição do excesso, propondo a adoção de “decisões atípicas de provimento, ou de não provimento”: CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 865. Mais correta, para o caso sob exame, é a jurisprudência norte-americana, que, em matéria de arbitragem, já decidiu que se deve analisar a convenção “as of the time [it] was made”. (A & M Produce, 135 Cal.App.3d at 487, 186 Cal.Rptr. 114).

TERCEIRIZAÇÃO, GRUPO ECONÔMICO E MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

1 – INTRODUÇÃO

As novas maneiras de produzir e trabalhar têm provocado efeitos importantes no arcabouço jurídico destinado a normatizar as relações de trabalho. Muito se escreveu contra a terceirização, mas é preciso reconhecer que sua implementação segue num crescente, de modo que não há como ignorar sua ocorrência nas relações de trabalho.

Até então, as soluções para resolver os conflitos provocados pela terceirização eram construídas pela jurisprudência, tendo a Súmula nº 331 do TST¹ por muito tempo atuado como norte deste processo decisório.

* *Desembargadora do TRT 15; doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP); membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT), ocupando a cadeira nº 70.*

1 “Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

DOCTRINA

Entretanto, as intensas alterações pelas quais passa a realidade fática vieram ampliar a complexidade dos novos conflitos, tornando necessária a implementação de reformas no arcabouço normativo do direito do trabalho.

Diferentemente das anteriores, em que se processavam apenas alterações tópicas e conjunturais, agora atingem a própria estrutura do edifício jurídico, desafiando a edificação de novos alicerces.

O presente artigo se propõe a estudar a terceirização e o grupo econômico neste contexto de mudanças e as consequências quanto ao meio ambiente de trabalho.

2 – A TERCEIRIZAÇÃO

A Lei nº 13.429/2017 alterou de maneira significativa a Lei nº 6.019/74, não só por conferir novos contornos ao trabalho temporário, mas também por inserir os arts. 4º-A e 5º-A, destinados a regulamentar a contratação de serviços terceirizados.

Após a promulgação da referida Lei muitas dúvidas surgiram, notadamente quanto à possibilidade de terceirização da atividade principal.

As questões em aberto voltaram a ser tratadas pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), ao modificar os arts. 4º-A e 5º-A e inserir os arts. 4º-C e 5º-C e D na Lei nº 6.019/74, deixando indene de dúvidas a possibilidade de terceirização da atividade principal da contratante.

Definiu como prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante, pessoa física ou jurídica, da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive a principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços, desde que esta possua capacidade econômica compatível com a respectiva execução.

Porém, vedou expressamente a atuação, como contratada, da pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregados ou trabalhadores sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

Também proibiu que, antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da respectiva demissão, o empregado demitido pela contratante pudesse prestar serviços terceirizados como empregado da contratada.

No que se refere ao meio ambiente de trabalho, imperioso ressaltar que § 1º do art. 5º-A, inserido pela Lei nº 13.429/2017 na Lei nº 6.019/74,

DOCTRINA

prevê expressamente ser vedado à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços, requisito cuja inobservância pode ter peso significativo em caso de acidente de trabalho.

Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. Entretanto, é responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

Em relação à tal questão, importante pontuar que, inicialmente, o § 4º do art. 5º-A, inserido pela Lei nº 13.429/2017, apenas facultava à contratante estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente em suas dependências ou local por ela designado.

Porém, a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) trouxe alteração significativa ao inserir o art. 4º-C assegurando aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A da referida Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

1) relativas ao atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;

2) sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Portanto, diversamente da mera faculdade prevista no preceito anterior, agora a lei veio impor obrigações à tomadora contratante, a fim de assegurar meio ambiente seguro no local de trabalho.

“Art. 5º Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

Art. 5º-A Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

DOCTRINA

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)”

3 – O GRUPO ECONÔMICO

Atento à desigualdade das partes de um contrato individual de trabalho, o conceito previsto no *caput* do art. 2º da CLT, ao estabelecer que o empregador é a empresa, fixou baliza peculiar ao direito trabalhista, importante para atrelar o lastro patrimonial do empreendimento econômico ao cumprimento das obrigações patronais, com o escopo de conferir maior garantia ao pagamento dos débitos trabalhistas.

O § 2º do art. 2º da CLT estabeleceu a existência do grupo econômico por subordinação, nos seguintes termos:

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

Tal preceito foi mantido pela Lei nº 13.467/2017, que, entretanto, alterou dois de seus parágrafos.

No § 2º previu que:

DOCTRINA

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

Assim, consolidou a imputação da responsabilidade solidária aos integrantes do grupo econômico formado por *subordinação*, quando houver direção, controle ou administração de uma empresa sobre outra.

Entretanto, no § 3º regrou matéria nova ao estabelecer:

“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.*”

A nova regra contém dois desdobramentos importantes.

O primeiro, no que se refere à previsão expressa de que a mera identidade de sócios não caracteriza grupo econômico. O preceito certamente suscitará controvérsias, em que a interpretação restritiva a ser conferida ao vocábulo “mera” poderá indicar um caminho de solução.

O segundo normatiza a figura do grupo econômico por *coordenação*, modalidade já referida pela doutrina².

Para tanto considerou não ser necessária a existência de direção e controle, nem administração de uma empresa sobre as outras integrantes do grupo, bastando a demonstração do interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas integrantes para que ocorra tal configuração.

Ante este novo modelo normativo, como ficou equacionada a imputação de responsabilidade, quando a empresa tomadora celebrar contrato de prestação de serviços terceirizados?

4 – A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DA TOMADORA

Uma das críticas mais candentes contra o modelo de terceirização se refere à alegação de que nesta modalidade existe um abrandamento do risco econômico do empregador, agora em grande parte transferido ao empregado, assim quebrando antigo cânone do direito trabalhista.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 423 e segs.

Ainda que se considere a possibilidade deste entendimento, no que se refere à terceirização da atividade principal, a interpretação sistemática e teleológica do preceito, que agora prevê o grupo econômico *por coordenação*, pode levar a outra conclusão.

Com efeito, a alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017 abre um novo caminho para imputar responsabilização solidária à tomadora, quando o contrato de prestação de serviços é celebrado em relação a sua atividade fim. Isto porque há uma nova configuração jurídica do grupo econômico, que passa a ser reconhecido também em relação às empresas que têm atuação conjunta, em uma relação coordenada pela comunhão de interesses integrados.

Não é pouca coisa.

A nova lei veio conferir contornos mais amplos ao conceito de grupo econômico, com a conseqüente possibilidade de imputar responsabilização aos beneficiados pelo trabalho prestado, quando envolvidos pelo liame da efetiva comunhão de interesses integrados, mesmo que não haja direção, controle ou administração de uns sobre outros. A nova configuração do grupo econômico por coordenação constitui inovação jurídica importante para oferecer respostas aos conflitos advindos da nova forma dinâmica, com que passou a ser estruturada a organização produtiva.

Neste passo, a celebração de um contrato de prestação de serviços, terceirizando a atividade-fim da tomadora por si só seria suficiente para demonstrar a existência de interesse integrado com a prestadora, configurando a existência de grupo econômico por coordenação, nos termos do § 3º do art. 2º da CLT, assim respaldando a imputação da responsabilidade solidária à tomadora.

Tal se dá porque agora há o reconhecimento legal da possibilidade de formação de grupo econômico por coordenação, alteração normativa que certamente levará à superação da jurisprudência anterior do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que para “(...) a configuração de grupo econômico é imprescindível a existência de relação hierárquica de uma empresa sobre a outra, não sendo suficiente a mera relação de coordenação entre elas (...)”³.

3 Excerto extraído do Acórdão proferido nos Autos do Recurso de Revista 0116-75.2014.5.01.0049, Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, 5ª Turma, DEJT 30.06.2017. Em referido julgado são mencionados outros julgados, quais sejam: (i) E-ED-RR-996-63.2010.5.02.0261, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 20.05.2016; (ii) E-ED-RR-214940-39.2006.5.02.0472, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 15.08.2014.

5 – O EMPREGADOR ÚNICO

Importante observar também a alteração que ampliou os objetivos da formação do grupo econômico. Antes, fixado “para os efeitos da relação de emprego”, passou a responder “pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”, o que pode repristinar discussão importante, referente à figura do *empregador único*.

A expressão “para os efeitos da relação de emprego”, anteriormente constante do § 2º do art. 2º da CLT, sempre foi interpretada pela jurisprudência majoritária em sua acepção passiva (responsabilidade solidária dos integrantes do grupo pelo cumprimento das obrigações do empregador) e também ativa (possibilidade de ser exigida a prestação laboral do empregado em prol dos integrantes do grupo), conforme entendimento jurisprudencial majoritário:

“Súmula nº 129 do TST

CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO

A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.”

“Súmula nº 239 do TST

BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS

É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.”

A alteração deste preceito celetista pela Lei nº 13.467/2017, ao substituir a redação anterior “pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”, poderá ensejar diferentes interpretações:

a) Parte da doutrina passou a entender que, ante a alteração fixada pela Lei nº 13.467/2017, analisada em conjunto com o disposto no *caput* do art. 2º, quando considera “empregador a empresa”, estaria prejudicada a tese do empregador único, pois a responsabilização ficaria reduzida à acepção meramente passiva, ou seja, as empresas integrantes do grupo econômico seriam solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações do empregador, mas não teriam mais a contrapartida ativa e, por isso, não poderiam mais exigir a prestação laboral do empregado em prol dos integrantes do grupo, dentro da

jornada contratada para o mesmo vínculo empregatício. Nestes termos, o empregador não poderia exigir que seu empregado prestasse serviços para outras empresas do grupo durante a mesma jornada, nem exigir que empregado de outra empresa do grupo lhe prestasse serviços.

Entretanto, a realidade fática segue exatamente o sentido inverso. Isto porque tem sido cada vez mais comum, em determinadas funções, durante o horário de trabalho o empregado atuar em benefício de todas ou algumas empresas que integram o mesmo grupo econômico.

b) Outros consideram que a acepção ativa permanece, mas haveria uma alteração substancial na configuração passiva.

Admitem que a figura do *empregador único* se mantém mas, reconhecendo a diferenciação entre os conceitos jurídicos de obrigação e responsabilidade, concluem que foi estabelecido um gravame maior aos integrantes do grupo econômico. Destarte diversamente da redação anterior, que lhes atribuía apenas a responsabilidade pelo ressarcimento pecuniário, nos casos de descumprimento da legislação trabalhista pelo empregador, agora ocorre a imputação de responsabilidade solidária pelas “obrigações decorrentes da relação de emprego”, assim incluindo também as obrigações de fazer/não fazer.

Esta nova configuração se reveste de importância significativa para resguardar os direitos fundamentais dos trabalhadores, notadamente em relação às questões de saúde e segurança, em que é necessário assegurar meio ambiente trabalho saudável, obrigação que agora atinge não só a contratante da prestação de serviços terceirizados, mas também as empresas do grupo econômico que integra, o que milita em benefício da efetividade do direito trabalhista, notadamente nos casos de tutela inibitória, em que a tônica atual está voltada para a superação da perspectiva monetizante⁴.

6 – A COMPOSIÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO

A Lei nº 13.467/2017 manteve a referência anteriormente estabelecida no § 2º do art. 2º da CLT, no sentido de que o grupo econômico é integrado por *empresas*.

Esta acepção autoriza a aplicação conceitual da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) e também do *caput* do art. 966 do Código Civil, ao estabelecer que: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente

4 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Tutela inibitória: a eficácia da jurisdição pela superação da perspectiva monetizante. *Revista da ANDT – Academia Brasileira de Direito do Trabalho*, 2017.

atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Registre-se que a restrição contida em seu parágrafo único, no sentido de não ser considerado empresário “quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”, encontrou eco na interpretação restritiva do § 2º do art. 2º da CLT, quando se refere apenas à formação do grupo econômico por “empresas”.

Entretanto, as qualificadoras de equiparação previstas no *caput*, e também no § 1º do art. 2º da CLT, analisadas em conjunto com os novos contornos estabelecidos no § 3º, ao positivar o novo modelo *por coordenação*, podem respaldar a conclusão de que o profissional liberal, que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, além de instituições de beneficência e recreativas, quando terceirizam sua atividade fim, também podem ser considerados membros integrantes de grupo econômico, o que pode contribuir para vedar a utilização da famigerada “interposta pessoa”, para camuflar a realidade fática.

É uma nova discussão que se abre em relação à matéria já pacificada, mas que se justifica, sob pena de fragilizar a garantia patrimonial à solvabilidade dos débitos trabalhistas, que o art. 2º da CLT procurou assegurar, haja vista ser inequívoco que a positivação da terceirização veio provocar alteração significativa na condição da tomadora e consequentes reflexos na configuração da sua responsabilidade.

Tal ocorre porque a caracterização do grupo econômico, para fins trabalhistas, deixou de ter por pressuposto apenas a existência de uma relação de subordinação, passando a admitir sua configuração também por coordenação fático/jurídica, que exsurge do interesse integrado e atuação conjunta, assim estabelecendo uma especificidade própria, diferente das condicionantes estabelecidas nos arts. 265 e 271 da Lei das Sociedades por Ações⁵.

5 “Art. 265 A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no art. 244.

(...)

Art. 271. Considera-se constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registro do comércio da sede da sociedade de comando, dos seguintes documentos:

I – convenção de constituição do grupo;

Oportuno registrar que abertura semelhante consta do art. 33 da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ao dispor que “serão solidariamente responsáveis as *empresas ou entidades* integrantes de grupo econômico, *de fato* ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”.

Assim, em que pese haver referência apenas à “empresa”, a interpretação sistemática do *caput*, com os §§ 2º e 3º do art. 2º da CLT, consolida a ampliação daqueles que podem integrar o grupo econômico e, assim, assumir a responsabilidade prevista no preceito.

7 – A TOMADORA E A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS A TERCEIROS: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA?

A Lei nº 13.429/2017 alterou a Lei nº 6.019/74 para inserir a regulamentação do contrato de prestação de serviços a terceiro.

Ao tratar da responsabilidade da tomadora, dispôs no § 5º do art. 5º-A que:

“A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no *art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.*”

Como tal preceito não sofreu qualquer alteração, imperioso concluir que nos contratos de prestação de serviços foi atribuída responsabilidade subsidiária à tomadora.

Porém, ao alterar os arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/74, a Lei nº 13.467/2017 trouxe mudanças significativas ao instituto, pois admitiu expres-

II – atas das assembleias gerais, ou instrumentos de alteração contratual, de todas as sociedades que tiverem aprovado a constituição do grupo;

III – declaração autenticada do número das ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades integrantes do grupo são titulares em cada sociedade filiada, ou exemplar de acordo de acionistas que assegura o controle de sociedade filiada.

§ 1º Quando as sociedades filiadas tiverem sede em locais diferentes, deverão ser arquivadas no registro do comércio das respectivas sedes as atas de assembleia ou alterações contratuais que tiverem aprovado a convenção, sem prejuízo do registro na sede da sociedade de comando.

§ 2º As certidões de arquivamento no registro do comércio serão publicadas.

§ 3º A partir da data do arquivamento, a sociedade de comando e as filiadas passarão a usar as respectivas denominações acrescidas da designação do grupo.

§ 4º As alterações da convenção do grupo serão arquivadas e publicadas nos termos deste artigo, observando-se o disposto no § 1º do art. 135.”

samente a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, *inclusive a principal*, à pessoa jurídica de direito privado.

A exigência legal de que para tanto a contratada deve possuir *capacidade econômica compatível com esta execução* aumenta a responsabilidade da contratante, eis que, se não for observada, pode configurar a responsabilidade subjetiva por omissão e negligência *in eligendo*, com fundamento no art. 186 do Código Civil, subsidiariamente aplicável por compatível com o direito trabalhista.

Portanto, traçou nova configuração jurídica ao instituto da “prestação de serviços a terceiros”, o que respalda a interpretação de que quando a terceirização se dá na atividade fim da tomadora há amparo legal para imputar responsabilidade solidária à contratante, com fundamento na existência de grupo econômico *por coordenação*, vez ser inegável que neste caso, pela própria natureza do contrato celebrado entre ambas, a prestadora de serviços deve atuar *integrada* à atividade fim da tomadora.

Destarte, no que se refere à responsabilização, temos duas situações jurídicas distintas:

1) Haverá responsabilidade solidária da tomadora quando for contratada a prestação de serviços para sua atividade fim, ante a configuração do grupo econômico por coordenação, nos termos do art. 2º, § 3º, da CLT.

Importante registrar que para tal reconhecimento não se exige a constatação da ocorrência de fraude. Isto porque o critério definidor reside na forma com que a tomadora de serviços decidiu estruturar sua cadeia produtiva, provocando efeitos relevantes na forma como o serviço é prestado e, conseqüentemente, nas relações mantidas com a prestadora e o empregado, cujo trabalho beneficia não só o empregador, mas também agrega valor ao patrimônio da tomadora, assim justificando a imputação de responsabilidade solidária nos casos de terceirização de sua atividade fim.

2) Haverá responsabilidade subsidiária da tomadora, nos termos do art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/74, quando for contratada a prestação de serviços em relação a outras atividades, distintas da principal, que permanece com a contratante.

Importante registrar que a Lei nº 13.467/2017 manteve o preceituado nos §§ 2º e 3º do art. 5º-A, mas inseriu o art. 4º-C na Lei nº 6.019/74, estabelecendo a ampliação das obrigações da tomadora em ambos os casos no que se refere ao meio ambiente de trabalho.

DOCTRINA

Com efeito, tanto na terceirização de atividade meio, quanto da atividade fim imputou-lhe expressamente a obrigação de garantir aos trabalhadores terceirizados não só as condições de segurança, higiene e salubridade, mas também de alimentação, serviços de transporte, atendimento médico e treinamento, quando os serviços forem realizados em suas dependências.

8 – DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

As questões afetas ao meio ambiente de trabalho passaram a ter importância central na era contemporânea, pois se articulam diretamente com a preservação da saúde, higidez física e mental do trabalhador, o que se reveste não só de importância contratual entre as partes, mas também de interesse de toda a sociedade, ante as consequências que geram não só para os custos com a concessão de benefícios previdenciários, mas também com as aposentadorias precoces de indivíduos ainda jovens, que abreviam sua vida produtiva alimentando o ciclo vicioso da pobreza, além dos efeitos emocionais nefastos que comprovadamente desencadeiam a intensificação dos casos de alcoolismo, violência doméstica e abandono de filhos menores, muitas vezes compelidos a buscar trabalho em tenra idade, o que compromete também a formação das novas gerações.

A preservação de um meio ambiente de trabalho saudável e seguro se reveste de importância significativa para toda a sociedade.

Tal percepção se reveste de reconhecimento internacional há muito tempo pela OIT, que desde sua fundação em 1919 vem defendendo esta perspectiva, destacada de forma expressa na Convenção nº 155, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, ratificada pelo Brasil em 1994 (Decreto nº 1.254).

As diretrizes internacionais foram observadas por nossa Constituição Federal de 1988, que no inciso VIII do art. 200 expressamente garantiu a “proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”, enquanto o art. 225 estabelece expressamente que:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Neste contexto, cada vez mais fortalecida a diretriz doutrinária que aponta para uma nova vertente da ciência jurídica denominada “Direito Ambiental do Trabalho”.

9 – DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A conotação constitucional da matéria foi conferida expressamente pela Carta de 1988, que lhe atribuiu o *status* de direito fundamental ao prever que:

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

(...)

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”

Nesta esteira, bem pontuaram Regina Vera Villas Bôas e José Ângelo Remédio⁶ quanto à necessidade de uma teoria geral do direito ambiental “sem o comodismo da repetição do óbvio”, visando assegurar sua concretização como direito fundamental de “garantia à dignidade do ser humano, das presentes e futuras gerações”.

Quando os serviços forem executados nas dependências da tomadora, a Lei nº 13.429/2017 assegurou aos empregados da prestadora as mesmas condições relativas à alimentação, transporte, atendimento médico, treinamento, além das medidas de proteção à saúde e segurança no trabalho e instalações adequadas à prestação do serviço.

Se o contrato implicar a mobilização em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento.

10 – CONCLUSÕES

Diferentemente de outras que apenas promoviam mudanças conjunturais, a Lei nº 13.467/2017 veio provocar alterações substantivas e estruturais no edifício normativo trabalhista, num momento severo de crise que abala a sociedade em sua vida econômica, política, social e jurídica.

A inserção do § 3º ao art. 2º da CLT veio positivar o modelo de grupo econômico por coordenação, o que pode oferecer resposta eficaz aos conflitos

6 VILLAS BÔAS, Regina Vera; REMÉDIO, José Ângelo. Primeiras reflexões sobre a construção de uma teoria crítica do direito ambiental. *Revista do Advogado (AASP): Direito Ambiental*, n. 133, p. 174-188, mar. 2017.

que certamente advirão da possibilidade de terceirização da atividade fim da tomadora.

Por outro lado, as reformas propostas pela nova lei também suscitam importantes questionamentos.

Para este novo modelo teria o trabalho perdido sua centralidade?

Teria se reduzido à mera condição de um dos insumos da produção, considerado apenas por seu valor de troca? Ou, o que é pior, simples valor de uso?

Ou continua como um dos direitos fundamentais que a sociedade democrática precisa resguardar para assegurar a estabilidade necessária à promoção do seu desenvolvimento?

Vivemos tempos de travessia... de uma perspectiva estática para o reconhecimento de um processo contínuo de articulação dinâmica entre as forças do capital e do trabalho, considerados pilares de sustentação da República brasileira, de sorte que a articulação construtiva entre eles se revela imprescindível para assegurar a sustentabilidade do nosso desenvolvimento.

Neste contexto, o direito do trabalho chega a um ponto de inflexão na construção de sua maturidade.

De um lado, é necessário evitar que o edifício jurídico trabalhista passe a desdenhar da realidade e perca o dinamismo, transformando-se num organismo oco, destituído de vitalidade, que de vez em quando é lembrado apenas por seu passado de glórias e valor histórico...

Por outro lado, é imperioso restaurar a eficácia normativa dos marcos legais, para que se revistam da operacionalidade necessária para justificar sua legitimidade, evitando que sejam reduzidos a uma expressão meramente formal do ordenamento.

A análise da responsabilização do grupo econômico no contrato de prestação de serviços terceirizados se revela central neste debate.

As reformas estruturais propostas enfrentam o desafio lançado pela necessidade de reforçar o alicerce protetivo do edifício normativo trabalhista, para que possa suportar outros andares, que vão estabelecer novas regras para disciplinar as novas modalidades de relações de trabalho que estão surgindo, afastando os extremismos que provocam instabilidade.

Ao reconhecer expressamente no inciso IV do art. 1º que o trabalho e a livre iniciativa são valores fundamentais, a Constituição de 1988 estabeleceu um comando concreto, dotado por si só de eficácia imediata, que assim atua como

DOCTRINA

bússola, indicando os caminhos para navegar com segurança no mar agitado da contemporaneidade, quando surge um novo modelo de sociedade, pautado por novas formas de viver e trabalhar, contexto em que as relações trabalhistas passaram a ter outra dinâmica e agora buscam novos modelos de proteção.

Neste contexto, seremos capazes de manter a coesão da tessitura conceitual peculiar do Direito do Trabalho, como ramo autônomo que rege o mundo do trabalho?

Ou vamos permitir que se concretize a sombria profecia de que passaremos da fase de efervescência e fertilidade direto para o envelhecimento, sem passar pela maturidade, quando a emancipação não se dá pela ruptura, nem pelo conformismo, mas por um protagonismo de renovação?

11 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Tutela inibitória: a eficácia da jurisdição pela superação da perspectiva monetizante. *Revista da ANDT – Academia Brasileira de Direito do Trabalho*, 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Jurisprudência*. Disponível em: <www.tst.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 8 out. 2017.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; REMÉDIO, José Ângelo. Primeiras reflexões sobre a construção de uma teoria crítica do direito ambiental. *Revista do Advogado (AASP): Direito Ambiental*, n. 133, p. 174-188, mar. 2017.

SUPREMACIA DO NEGOCIADO EM FACE DO LEGISLADO. A NATUREZA BIFRONTE (OU AS FACES) DA NOVA CLT

Enoque Ribeiro dos Santos*

1 – INTRODUÇÃO

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

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

2 – NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO UM DOS EIXOS SUBSTANCIAIS DA LEI Nº 13.467/2017 E DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808/2017

Consoante o art. 2º da Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a convenção coletiva do trabalho como o processo que compreende todas as negociações que tenham lugar entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, de uma parte, e uma ou várias organizações de trabalhadores,

* *Professor associado da Faculdade de Direito da USP; desembargador do trabalho do TRT da 1ª Região; mestre (UNESP), doutor e livre docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP.*

DOCTRINA

de outra parte, com o escopo de: a) fixar as condições de trabalho e emprego ou; b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores ou; c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou; d) alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

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

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

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

A Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), revista pela Medida Provisória nº 808, de 14.11.2017, adotou a supremacia dos acordos e convenções coletivas sobre as regras estabelecidas na CLT, com exceção de algumas matérias elencadas nos dispositivos do art. 611-B da novel legislação, que funcionará como uma cláusula de contenção ou de barreira à ampla liberdade contratual *in pejus* na autonomia coletiva.

O teor do art. 611-A da CLT foi alterado pela Medida Provisória nº 808, de 14.11.2017, passando a ter a seguinte redação:

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

(...)

DOCTRINA

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

(...)

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

A modificação introduzida no art. 611-A da CLT, que buscou dar maior efetividade aos incisos III¹ e IV do *caput* do art. 8º da CF/88, revogou o inciso XIII do *caput* desse artigo, que tratava da “prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do trabalho”, e deu nova redação ao inciso XII. *In verbis*:

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

O § 5º do art. 611-A da nova CLT também foi alterado pela Medida Provisória nº 808/2017, passando a ter a seguinte redação:

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

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

1 “III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;”

DOCTRINA

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

Neste panorama, entendemos que não andou bem o legislador, na Medida Provisória nº 808/2017, ao tentar barrar o acesso ao Judiciário de empresas, como se extrai da parte final do § 5º, supramencionado.

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

Note-se que, neste caso, o provimento jurisdicional, se procedente, fará coisa julgada *inter partes, pro et contra*, não apresentando qualquer extensão em seus efeitos, enquanto a coisa julgada na ação de nulidade promovida pelo Ministério Público ou pelo sindicato, em caso de procedência, produzirá coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, consoante art. 103 da Lei nº 8.078/90.

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

3 – INOVAÇÕES DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808/2017

A Medida Provisória nº 808, de 14.11.2017, também apresentou inovações em relação à necessidade de negociação coletiva de trabalho, assim como de seus instrumentos normativos (acordo e convenção coletiva), como podemos verificar pelos dispositivos abaixo:

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

DOUTRINA

“(…)

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

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

§ 14. As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão:

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

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

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

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

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

§ 17. Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao

salário do empregado, a qual terá como base a média dos últimos doze meses, sem prejuízo do estabelecido em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

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

Os parágrafos acima tratam da gorjeta e sua regulamentação por meio da negociação coletiva de trabalho, enquanto o art. 510-E, também incluído pela Medida Provisória nº 808/2017, trata da garantia aos sindicatos como titulares da negociação coletiva, conforme estipula o art. 8º, VI², da CF/88.

Eis a redação do novel artigo:

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

Além disso, a Medida Provisória nº 808/2017 revogou os seguintes dispositivos da Lei nº 13.467/2017:

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

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

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

III – o inciso XIII do *caput* do art. 611-A.”

2 “VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;”

4 – INVERSÃO DAS FONTES NORMATIVAS DO DIREITO DO TRABALHO FACE À LEI Nº 13.467/2017. A NATUREZA BIFRONTA OU BIDIMENSIONAL DA CLT

Podemos dizer que, diante da Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e da Medida Provisória nº 808, de 14.11.2017, e em face da inversão da hierarquia das normas trabalhistas, em que o negociado terá supremacia sobre a legislação do trabalho, e da criação da figura do empregado hipersuficiente, a aplicação das normas trabalhistas, a CLT, passou a ter uma natureza bifronte (ou bidimensional), parafraseando João Leal Amado³, diante das alterações no Código de Trabalho português em 2009, que assinalou que aquele instrumento jurídico passou a ser como a divindade romana Jano, que possui duas caras, ou seja, uma direcionada para o Direito Individual e outra para a autonomia da negociação coletiva.

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

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

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

Esta mudança radical advém da segunda natureza jurídica da CLT, imposta pela supremacia do negociado sobre o legislado. A mesma CLT que é norma imperativa para o contrato individual de trabalho, no entanto, transmuda-se em

3 AMADO, João Leal. *Os desafios da negociação coletiva: negociado x legislado*. Palestra proferida no 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho “Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho. Homenagem ao Acadêmico Arnaldo Süssekind”, em 25.02.2014.

DOCTRINA

norma dispositiva, supletiva, facultativa, livremente afastável, até mesmo *in pejus* pela autonomia coletiva.

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

Apresentamos abaixo um quadro sintético que facilita a compreensão da dupla dimensão em que passa, doravante, a ser aplicada a CLT em nosso ordenamento jurídico pelos operadores jurídicos, após a Lei nº 13.467/2017, da mesma forma que é aplicado o Código português, de 2009, em Portugal, que serviu de inspiração ao legislador brasileiro:

<i>Portugal</i>	<i>Brasil</i>
<i>Normas trabalhistas bidimensionais</i>	<i>Normas trabalhistas bidimensionais</i>
Contrato individual de trabalho	Contrato individual de trabalho
Normas de imperatividade relativa e absoluta (inderrogáveis). Artigo 3.º, letra 3	Normas de imperatividade relativa e absoluta (inderrogáveis). Art. 611-B
Todos os trabalhadores débeis ou hipossuficientes	Todos os trabalhadores hipossuficientes
<i>Marco regulatório</i>	<i>Marco regulatório</i>
	Trabalhadores com diploma superior e com remuneração acima de 2x o teto do INSS
Normas convênio-dispositivas, facultativas ou colectivo-dispositivas (livre negociação). Normas facultativas. Artigo 3.º, letra 3 do CT.	Normas convênio-dispositivas ou colectivo-dispositivas (livre negociação). Art. 611-A da CLT
Direito coletivo do trabalho	Direito coletivo do trabalho e empregados hipersuficientes
Convenção coletiva de trabalho	Acordos ou convenções coletivas de trabalho

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

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

Neste particular, o art. 611-A⁴ da CLT apresenta um rol de direitos que podem ser livremente negociados, enquanto o art. 611-B⁵ funciona como uma

- 4 Art. 611-A, em sua nova redação dada pela Medida Provisória nº 808/2017: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; **IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE)**, de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI – regulamento empresarial; VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX – remuneração por produtividade, incluídas 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 e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de pericia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (redação dada pela Medida Provisória nº 808/2017) XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (revogado pela Medida Provisória nº 808/2017); XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV – participação nos lucros ou resultados da empresa”.
- 5 “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV – salário mínimo; V – valor nominal do décimo terceiro salário; VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII – salário-família; IX – repouso semanal remunerado; X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI – número de dias de férias devidas ao empregado; XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX – aposentadoria; XX – seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador; XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir 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.”**

DOCTRINA

cláusula de barreira ou de contenção, elegendo os direitos do núcleo duro constitucional que não podem ser objetos de transação, *in pejus*.

Podemos constatar uma incompatibilidade do parágrafo único deste artigo ao estabelecer que regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo (art. 611-B), enquanto no inciso XII do art. 611-A, alterado pela Medida Provisória nº 808/2017, preconiza a proteção integral das normas relacionadas à saúde, segurança e medicina do trabalho, bem como às normas reguladoras do Ministério do Trabalho.

A Reforma Trabalhista da Lei nº 13.467/2017 legitimou uma maior amplitude na liberdade de contratação ao empregador, na seara do Direito Individual, permitindo que o empregador contrate empregados por hora, por dia, por semana (trabalho intermitente), por mês, por experiência, por tempo parcial, a prazo, por tempo indeterminado e à distância (teletrabalho), enquanto, ao mesmo tempo, poderá dispensar empregados, individualmente, de forma plúrima ou até mesmo coletivamente, sem qualquer intervenção sindical.

5 – CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A SUPREMACIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

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

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

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

DOCTRINA

o mesmo sucede com a norma coletiva, e o direito adquirido só se concretiza no plano individual e não no coletivo.

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

Renato Rua de Almeida⁶, um dos defensores desta corrente, lembra que no direito francês não há a incorporação definitiva da norma coletiva ao contrato individual, salvo, excepcionalmente em caso de vantagem adquirida pelo empregado na esfera individual, não dependente de evento futuro e incerto. Em outras palavras, vantagens dependentes de eventos futuros e incertos não se incorporam ao contrato individual de trabalho na França, considerando que adquiridos são os direitos cujo implemento de condição se dá no período de vigência da norma coletiva, os quais efetivamente se incorporam ao patrimônio do empregado.

Para Luiz Carlos Amorim Robortella⁷, outro defensor desta corrente, e também da que não admite a aplicação da Teoria da Ultratividade no direito brasileiro, afirma que a atual redação da Súmula nº 277 do TST trata-se de um retrocesso ao direito do trabalho. Assevera, ainda, que, se até mesmo a norma legal é aplicável aos contratos individuais durante sua vigência, sendo revogada a norma, não há incorporação, a não ser que a incorporação da norma coletiva aos contratos individuais esteja condicionada à vontade expressa das partes, no instrumento respectivo.

Para este autor

“(…) É cada vez mais importante a participação sindical nos mecanismos de regulação do mercado de trabalho. A negociação coletiva integra hoje o mais moderno repertório de técnicas de gestão de recursos humanos e administração empresarial. Assume caráter estratégico, implicando avanços e recuos, conforme as exigências da conjuntura econômica e social. Há muito tempo os órgãos internacionais, dentre eles a OIT, reconhecem a importância política e econômica da negociação coletiva,

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

7 ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. A reforma do direito coletivo. Prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região*, Curitiba, v. 6, n. 58, p. 58, mar./abr. 2017. Disponível em: <juslaboris.tst.jus.br>. Acesso em: 17 nov. 2017.

como se vê na Declaração da Filadélfia e nas Convenções ns. 98 e 154, (...) quando se trata de substituir uma convenção coletiva por outra, admite a doutrina a modificação *in pejus*, com supressão ou modificação de determinados benefícios, desde que seja a expressão da vontade do grupo. Não se pode argumentar com a desigualdade das partes ou dificuldades de fazer atuar a vontade individual do trabalhador quando a alteração se faz mediante negociação coletiva, onde é garantida a igualdade das partes. Os acordos coletivos efetivamente não têm a vocação de eternidade. Por outro lado, as vantagens coletivamente obtidas, ainda que resultando em benefícios individuais, não perdem sua natureza de normas produzidas de forma coletiva e autônoma, com duração predeterminada. Não há como garantir direitos, mesmo que projetados em relações individuais, quando não mais correspondem à vontade do grupo. (...) O sindicato não deve atuar apenas no conflito, mas também em parceria com o capital, conforme as circunstâncias.”⁸

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

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

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

Acredito que esta corrente é a que melhor se compatibiliza com o atual momento do Direito do Trabalho no Brasil em face da grande volatilidade do mercado em geral (mercado de bens e serviços, de capitais e de mão de

8 *Idem, ibidem*, p. 58.

obra), extremamente oscilante, para dar segurança jurídica e previsibilidade às partes convenientes.

6 – OS LIMITES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

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

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

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

Na primeira hipótese, o constituinte aludiu à convenção e ao acordo coletivo; na segunda, ao acordo ou à convenção coletiva e, na terceira, à negociação coletiva. Contudo, como a convenção e o acordo coletivo representam instrumentos da negociação coletiva, é possível afirmar, como regra geral, que a flexibilização decorre da negociação coletiva e se exterioriza, ganhando contornos jurídicos ou se instrumentalizando, por meio de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

DOCTRINA

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

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

Creemos que inúmeras orientações jurisprudenciais e súmulas do TST serão revistas e adaptadas à nova Lei nº 13.467/2017, porquanto há vários entendimentos que, inclusive, limitam direitos e interesses dos trabalhadores.

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

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.” (Código Civil)

A nova Lei nº 13.467/2017, em relação à jornada de trabalho, estabelece:

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

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no *caput* deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados

DOCTRINA

compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.”

Como já mencionamos, a escala de 12 x 36 (12 horas de trabalho por 36 horas de descanso), na verdade, refere-se a um regime especial de trabalho, diverso do apresentado no texto constitucional de 8 horas diárias, com possibilidade de 2 horas extras diárias, na medida em que o limite semanal de 44 horas não é ultrapassado e, segundo julgamento no Pretório Excelso, nada restou provado, por meio de pareceres de médicos peritos, que a adoção desse modalidade de trabalho prejudique a saúde do trabalhador.

O STF já se manifestou em relação à constitucionalidade de tal regime laboral, em voto condutor da lavra do Ministro Luis Fux⁹ (Informativo nº 839 do STF).

Nesse sentido, a Medida Provisória nº 808, de 14.11.2014, alterou o art. 59-A da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

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

§ 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no *caput* abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73.

9 Segundo o Informativo nº 839 do STF, temos uma síntese do julgamento: “(...) É constitucional o art. 5º da Lei nº 11.901/09 (‘A jornada do Bombeiro Civil é de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, num total de 36 (trinta e seis) horas semanais’). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta que questionava o referido dispositivo. Segundo o Tribunal, a norma impugnada não viola o art. 7º, XIII, da CF/88 (...). A jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso encontra respaldo na faculdade conferida pelo legislador constituinte para as hipóteses de compensação de horário. Embora não exista previsão de reserva legal expressa no referido preceito, há a possibilidade de negociação coletiva. Isso permite inferir que a exceção estabelecida na legislação questionada garante aos bombeiros civis, em proporção razoável, descanso de 36 horas para cada 12 horas trabalhadas, bem como jornada semanal de trabalho não superior a 36 horas. Da mesma forma, não haveria ofensa ao art. 196 da CF/88. A jornada de trabalho que ultrapassa a 8ª hora diária pode ser compensada com 36 horas de descanso e o limite de 36 horas semanais. Ademais, não houve comprovação, com dados técnicos e periciais consistentes, de que essa jornada causasse danos à saúde do trabalhador, o que afasta a suposta afronta ao art. 7º, XXII, da CF/88”.

DOCTRINA

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

Convém observar que houve uma modificação substancial do art. 59-A da CLT, que trata da jornada 12 x 36 horas, que doravante não mais poderá ser adotada por simples acordo individual, mas demandará a necessidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme jurisprudência pacífica do Colendo TST – Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 444¹⁰ do TST).

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

O parágrafo único do art. 60 da CLT, abaixo mencionado, também foi inscrito pela Lei nº 13.467/2017, como dispõe:

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

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.”

10 “SÚMULA Nº 444 DO TST

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.”

DOCTRINA

A novel legislação afasta a necessidade de licença prévia para as jornadas de trabalho mencionadas, que poderão ser exercidas por servidores públicos, consoante a Lei nº 11.901/09.

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

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

Acrescentou ainda:

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

Outra limitação à negociação coletiva de trabalho é a proveniente do art. 624 da CLT, que condiciona a possibilidade de cláusula de aumento ou reajuste salarial, que implique elevação de tarifas ou de preços sujeitos à fixação por autoridade pública ou repartição governamental, à prévia e expressa autorização da autoridade pública no tocante à possibilidade de elevação da tarifa ou do preço e quanto ao valor dessa elevação. Neste sentido é a Súmula nº 375¹¹ do TST.

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

11 “SÚMULA Nº 375 DO TST

REAJUSTES SALARIAIS PREVISTOS EM NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO DE POLÍTICA SALARIAL. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 69 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 40 da SDI-2)

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

7 – UM DOS EIXOS DA LEI Nº 13.467/2017: A SUPREMACIA DO
NEGOCIADO EM FACE DA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO

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

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

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

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

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

O negociado sobre o legislado, de acordo com a Lei nº 13.467/2017, teve por escopo ajustar as peculiaridades de cada segmento empresarial em relação aos custos de produção, da mão de obra, de gerenciamento de recursos humanos, em face da concorrência, da globalização e da própria internacionalização das empresas, que são as verdadeiras criadoras de postos de trabalho.

DOCTRINA

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

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

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

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

Este fenômeno político e jurídico ocorreu em alguns países da União Europeia, nos países escandinavos, com o princípio da flexissegurança, na França,

na Espanha, na Grécia e em Portugal, que passaram a adotar a supremacia do negociado em face do legislado.

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

“DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS.

1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano.

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

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

4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.

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

DOCTRINA

6. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.” (STF, RE 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 30.04.2015, DJe divulg. 28.05.2015, public. 29.05.2015)

Desta decisão paradigmática do STF, podemos inferir:

a) O STF considerou facultade de o empregado optar ou não pelo plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo, que contou com ampla participação dos empregados.

b) O STF, neste caso concreto, entende pela validade da quitação ampla, deixando claro a não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.

c) O STF se posiciona no sentido de que no âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites da autonomia individual. Em outras palavras, não se aplica no Direito Coletivo do Trabalho o princípio protetor e sua tríplice vertente, na medida em que os sindicatos profissionais negociam em igualdade de condições com os sindicatos patronais.

d) O STF reconhece que a Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.

e) E, por fim, o STF firmou jurisprudência no sentido de que os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a

credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.

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

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

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

“§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.” (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04, DOU 31.12.04)

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

Entendemos que a resposta é afirmativa, na medida em que, pelo princípio da hierarquia das normas, uma lei federal não tem o condão de afastar a lei suprema, consubstanciada na CF/88.

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

“Ao julgar um dissídio coletivo com norma precedente com conteúdo flexibilizante, a Justiça do Trabalho está adiante da cumulação de circunstâncias excepcionais: a prevalência do negociado sobre o legislado e o exercício do poder normativo. Deste modo, a compreensão do § 2º do art. 114 da CF/88 aponta para uma cumulação de condições para o legítimo e regular exercício do poder normativo, ou seja, ao mesmo tempo,

DOCTRINA

a Justiça do Trabalho deve respeitar as regras mínimas de proteção legal ao trabalhador e as convencionadas anteriormente, por isso, as cláusulas precedentes só deverão ser replicadas na sentença normativa proferida no julgamento do dissídio coletivo de natureza econômica se o conteúdo destas respeitar as condições mínimas legais de proteção do trabalho. Como se vê, cuida-se da exegese que busca dialogar com o vetor que impulsiona a contínua melhoria da condição social da classe trabalhadora (art. 7º, *caput*, da CF) de modo a se resguardar, nesta excepcional hipótese, e por meio de interpretação sistemática-constitucional, senão o avanço, pelo menos a manutenção estrita do patamar civilizatório mínimo consagrado em lei.”¹²

E ainda acrescentam aqueles doutrinadores:

“É verdade que, durante a tramitação do dissídio coletivo, nada obsta que os suscitantes e suscitados promovam acordo parcial para manter cláusulas de conteúdo redutor das garantias legais dos trabalhadores, bem como cláusulas que impliquem benefícios não previstos em lei para os trabalhadores. Porém, indo a questão a julgamento, a Justiça do Trabalho não estará autorizada a exercer o seu poder normativo de modo a reduzir ou suprimir direitos trabalhistas legalmente estabelecidos, ainda que a condição tenha sido convencionada anteriormente.”¹³

8 – CONCLUSÃO

Não resta dúvida que um dos eixos fundamentais da Lei nº 13.467/2017, complementada pela Medida Provisória nº 808/2017, foi a valorização do Direito Coletivo do Trabalho e da negociação coletiva de trabalho, cujos instrumentos jurídicos passaram a ter supremacia sobre a legislação trabalhista.

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

Desta forma, quando analisada sobre o prisma do Direito Individual do Trabalho, mais especificamente o contrato individual do trabalho, as normas

12 SOUSA Jr., Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista. Análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 277.

13 *Idem, ibidem*, p. 277.

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

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

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

Se nossos legisladores, influenciados pela reforma trabalhista portuguesa, com fulcro na teoria da austeridade, a replicaram no Brasil, que agora se sabe provou ter sido um fracasso naquele país, resultando na perda de cérebros, de riqueza, com a emigração de milhões de portugueses diante da precarização laboral, da degradação geral da relação salarial e a desvalorização do trabalho e, uma vez constatado o erro, rapidamente promoveram uma espécie de *turning point*, retomando o foco na centralidade da valorização do trabalho e da reconstituição do Estado, porquanto, nas palavras de José Reis¹⁴, “é pelo trabalho e pelo emprego que se estabelecem os mecanismos essenciais de inclusão, por isso, é no sistema produtivo que está sempre a chave do problema”.

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

9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

DOUTRINA

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

_____. *Os desafios da negociação coletiva: negociado x legislado*. Palestra proferida no 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho “Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho. Homenagem ao Acadêmico Arnaldo Süssekind”, em 25.02.2014.

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

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

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reforma do direito coletivo. Prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista eletrônica do TRT da 9ª Região*, Curitiba, v. 6, n. 58, mar./abr. 2017. Disponível em: <juslaboris.tst.jus.br>. Acesso em: 17 nov. 2017.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.

_____. *Processo coletivo do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2018.

SOUSA Jr., Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista*. Análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO ANTE A PREVISÃO LEGAL DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Malu Medeiros Cortásio*
Renata da Silva Santos**
Thais Miranda de Oliveira***

1 – INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil possui como um dos seus fundamentos os valores sociais do trabalho, consoante o disposto no art. 1º, IV, da Constituição Federal (CFRB/88). Assim, ao elencar o rol dos direitos sociais, direitos estes reconhecidos como sendo de segunda geração¹, o legislador constitucional dedicou um capítulo específico para tal, elencando os direitos constitucionais dos trabalhadores rurais e urbanos no art. 7º da CRFB/88.

Nesse sentido, o Direito do Trabalho estabelece normas visando à proteção dos direitos supracitados, em face da existência dos poderes do empregador, o qual detém Poder de Direção, Poder de Organização, Poder Disciplinar e Poder de Controle sobre seus empregados², poderes estes que estão limitados em lei, de forma a evitar o abuso patronal na utilização dos mesmos, inclusive no que tange ao poder de negociação entre empregador e empregado, negociação

* Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM); bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ); advogada.

** Graduada em Gestão de Recursos Humanos pelo Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA); graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

*** Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense-PPGSD-UFF; mestre em Direito pela Universidade Vale do Rio Verde; mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC); professora assistente na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ); advogada.

1 Para aprofundamento no tema, sugerimos a leitura da Obra: *A Era dos Direitos*, de Norberto Bobbio.

2 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 391-397.

DOCTRINA

esta que, em razão dos poderes existentes, poderia se impor sobre a vontade do empregado, isto em aplicabilidade ao princípio da proteção.

Dentre os princípios basilares que regem o Direito do Trabalho, destaca-se o já consagrado princípio da proteção, que tem a função de equilibrar a relação de emprego, tendo em vista as disparidades causadas pela subordinação existente na relação entre empregado e empregador.

Destarte, o presente artigo possui o escopo de analisar as recentes alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, trazidas pela Lei nº 13.467/2017 – conhecida como reforma trabalhista – especialmente no que se refere à prevalência do negociado sobre o legislado, arts. 611-A e 611-B da CLT, de forma a verificar a possibilidade da autonomia da vontade coletiva se sobrepor ao princípio da proteção, o que implicaria uma grande transformação na atuação da Justiça do Trabalho, enquanto destinatária final dessas discussões.

2 – DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO E DIREITO COLETIVO DO TRABALHO – ANÁLISE DA PRINCIPIOLOGIA ESPECÍFICA

Como se sabe, o Direito Material do Trabalho se divide em dois segmentos: o Individual e o Coletivo do Trabalho, cada um com suas regras e princípios próprios, embora um segmento sirva ao outro.

Dentre os Princípios, o que possui maior incidência no Direito Individual do Trabalho é o Princípio da Proteção do Empregado. Quanto ao Direito Coletivo do Trabalho, este se rege essencialmente pelo Princípio da Equivalência dos Contratantes Coletivos. Isto faz com que o tratamento atribuído tanto pela legislação quanto pela interpretação judicial, no que se refere à relação entre empregador e empregado, seja bem distinto daquele atribuído às relações entre sindicatos, os quais são tratados em condições de igualdade, seja Sindicato de Categoria Econômica – patronal ou Sindicato de Categoria Profissional – de empregado.

Em que pese existam vários princípios específicos a cada uma destas áreas no Direito do Trabalho, justamente quanto às particularidades oriundas destes dois princípios acima citados, os quais interferem diretamente na relação contratual e negocial, é que se passa a expor, haja vista os desdobramentos oriundos dos mesmos, na aplicação das regras trabalhistas.

2.1 – O princípio da proteção ao empregado

O Princípio da Proteção está dentro dos postulados especiais do Direito Individual do Trabalho, e de acordo com Mauricio Godinho Delgado, faz parte do denominado núcleo basilar do Direito do Trabalho³.

A conjectura em estudo busca uma proteção especial aos interesses contratuais do obreiro, a fim de retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia⁴. É aquele que garante a aplicação do princípio constitucional da isonomia, proporcionando uma efetiva igualdade entre os seres da relação, a fim de evitar práticas que possam vir a prejudicar o trabalhador, parte hipossuficiente.

Nessa linha, Sergio Pinto Martins conceitua o referido princípio como sendo uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica⁵.

De acordo com os ensinamentos do jurista Américo Plá Rodrigues, o postulado protetivo se manifesta em três dimensões diferentes, subdividindo-se em: Princípio do *In Dúbio Pro Operario*, Princípio da Norma Mais Favorável e Princípio da Condição Mais Benéfica⁶.

O *In Dúbio Pro Operario* é uma regra de interpretação e ensina que o operador do Direito deve, em caso de dúvida entre duas regras, aplicar a mais favorável ao empregado, claro que sem fugir do espírito da Lei, da intenção do legislador.

O subprincípio da Norma Mais Favorável informa que não importa qual a posição da norma na escala hierárquica, havendo pluralidade de comandos aplicáveis em uma relação jurídica, sempre se deve aplicar a que for mais favorável ao empregado. Assim, diferente do que ocorre em outros ramos do Direito, caso uma convenção ou acordo coletivo venha trazer mais benefícios ao trabalhador, esta norma prevalecerá independente do grau hierárquico que ocupa, podendo prevalecer à Constituição Pátria, caso seja mais proveitoso ao obreiro.

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 36-37.

4 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 201.

5 MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

6 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 14-28, *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DOCTRINA

No Direito Comum, a hierarquia das leis está estruturada de acordo com a pirâmide kelseniana, segundo a qual o vértice é ocupado pela Constituição Federal, que dá fundamento de validade para todas as outras leis⁷. No Direito Laboral o vértice da pirâmide será ocupado pela norma mais vantajosa ao trabalhador vigente no ordenamento.

Na mesma linha, a dimensão da Condição Mais Benéfica informa que as condições mais vantajosas estipuladas no contrato de trabalho prevalecerão, mesmo que venham a ser alteradas posteriormente. Dessa forma, a mudança para pior só poderá ocorrer com os novos trabalhadores contratados, não alcançando aqueles que já eram beneficiários dessa norma.

Segundo Mauricio Godinho, sem a ideia protetivo-retificadora, o direito individual do trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. Nota-se que o princípio da proteção é de suma importância para manter uma relação contratual de trabalho saudável, justa e equilibrada.

No entanto, o referido princípio vem sendo amplamente relativizado com a Reforma Trabalhista. Em diversos dispositivos é possível perceber que a reforma acabou por mitigar essa norma protetiva, em especial, no ponto atinente à prevalência do negociado sobre o legislado.

Exemplo disso é o art. 620 da CLT, que antes da Reforma revelava: “As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo”.

Entretanto, com a Reforma promovida pela Lei nº 13.467/2017 o artigo supramencionado traz a seguinte redação: “Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. Assim, ainda que menos favorável ao empregado, o acordo prevalecerá.

Desta forma, o que se percebe é que a alteração legislativa ora apresentada implica afastar a aplicação do Princípio da Proteção ao empregado, quando o referido dispositivo couber no caso concreto.

Tamanha preocupação com a referida redação legal ora imposta reproduz-se aqui os dizeres de Bandeira de Mello, para o qual, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção a esse

7 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 305.

preceito implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comando⁸.

Com base no entendimento de Frederico de Castro, os princípios em geral desempenham três funções muito importantes: informadora, normativa e interpretadora⁹, e o mandamento em análise também deve desempenhar essas funções.

Diante disso, na criação das leis, o Legislador deve observar o Princípio da Proteção em suas três subespécies, utilizando-o como uma verdadeira fonte material do direito, e, da mesma forma, o Judiciário em situações de conflito de normas deve se utilizar desses pressupostos como norte para sua solução, bem como considerá-lo no momento de interpretação das normas.

Infelizmente, em muitas mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista esse comando não foi respeitado, sendo um deles a alteração na legislação para priorizar a autonomia contratual, ainda que o negociado seja prejudicial ao empregado, quando comparado com o texto legislado.

Todavia, espera-se que o preceito analisado – pilar do Direito individual laboral – não seja esquecido, devendo ser invocado em todas as situações possíveis, já que suas orientações e seus valores justificam a própria especialidade do Direito do Trabalho, devendo, portanto, ser de fato perseguido.

2.2 – Princípio da equivalência dos contratantes coletivos

Em contraponto ao Princípio da Proteção, no que se refere ao Direito Coletivo, postula o Princípio da Equivalência entre as partes enquanto contratantes coletivos, sobre o qual será exposto a seguir.

Enquanto no direito individual há flagrante disparidade entre os dois polos contratantes, tendo em vista a subordinação do empregado ao empregador, no direito coletivo afirma-se haver equivalência entre ambos, ou seja, Sindicato de Categoria Econômica e Sindicato de Categoria Profissional, estando em condições de igualdade, não havendo que se falar em vulnerabilidade deste último, afastando, assim, a necessidade de proteção jurídica e legislativa.

8 MESQUITA, Carolina Pereira Lins. *Teoria geral do direito do trabalho: pela progressividade sociojurídica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2012. p. 69, *apud* BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito...*, p. 537-538.

9 *Ibid.*, p. 70 *apud*.

DOCTRINA

Segundo Mauricio Godinho Delgado¹⁰, essa equivalência resulta de dois fatores: a natureza dos contratantes e os processos característicos aos seres coletivos trabalhistas.

Quanto ao primeiro, este decorre do fato de ambos serem considerados seres coletivos, ainda que o empregador não se associe, embora este seja um direito a ele atribuído, este, isoladamente, é também identificado como um ser coletivo, agindo como tal. Quanto aos empregados, sua face coletiva institucionalizada, surge mediante seus entes associativos, o que no caso do direito brasileiro se dá mediante representação sindical.

Para o citado autor¹¹, o fato de os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho possuírem a mesma natureza, serem todos seres coletivos, é justamente o que permite raciocinar com o princípio da equivalência entre os contratantes.

No que se refere aos processos característicos, este segundo fator implica possibilidade de ambos os seres contrapostos contarem com instrumentos eficazes de atuação e pressão, como garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical e greve, por exemplo.

Dessa forma, o entendimento majoritário no Direito Coletivo do Trabalho é no sentido de que não há grande desigualdade que justifique o viés protecionista e intervencionista característico do Direito Individual do Trabalho, compreendendo os seres coletivos em condições de igualdade.

Por outro lado, a existência da contribuição sindical compulsória sempre justificou o raciocínio de equivalência entre os sindicatos, haja vista a existência de receita anual capaz de atribuir a qualquer sindicato o mínimo de capacidade financeira, de forma a permiti-lo realizar os atos inseridos nos processos inerentes aos sindicatos.

3 – INSTRUMENTOS DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

As negociações coletivas constituem um importante método de solução de conflitos no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho. Para que cumpra sua finalidade, deve ser realizada em bases justas, o que exige o diálogo e a lealdade, em observância ao princípio da boa-fé e ao direito à informação¹².

10 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.489.

11 *Ibidem*.

12 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.425.

DOCTRINA

Dentre os instrumentos de negociação coletiva contemplados pela CLT, destacam-se as convenções e os acordos coletivos de trabalho.

Conforme o art. 611, *caput*, do referido diploma legal, a convenção coletiva é “o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

Nota-se, portanto, que as convenções coletivas são entabuladas por entidades sindicais, regulando condições cuja aplicabilidade estende-se ao âmbito das categorias representadas.

Do ponto de vista material, o referido diploma negocial cria regras jurídicas, dirigidas a normatizar situações futuras, traduzindo, dessa forma, um comando abstrato. No que tange ao aspecto formal, constitui acordo de vontade entre sujeitos coletivos sindicais, enquadra-se na mesma linha dos negócios jurídicos privados bilaterais ou plurilaterais.

A negociação coletiva enquadra-se no grupo das fórmulas autocompositivas de solução de conflito, que significa que as próprias partes pacificam a controvérsia sem intervenção de outros agentes no processo. Trata-se, contudo, de uma fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social, não se confundindo com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir-se, essencialmente, à transação (por isso se fala em transação coletiva negociada)¹³.

Com relação ao acordo coletivo, este é o pacto de caráter normativo pelo qual um sindicato representativo de certa categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, nas relações individuais de trabalho, no âmbito das respectivas empresas.

A presença de sindicato representativo de categoria profissional em um dos polos demonstra o respeito ao disposto no art. 8º, inciso VI, da CF/88, segundo o qual “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

Sobre o tema, dispõe o art. 611, § 1º, da CLT:

“§ 1 É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas

13 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.558.

da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.”

Como se observa, se apresenta necessária a participação do sindicato apenas da categoria profissional na negociação, sem a presença do sindicato patronal na mesma, pois, caso houvesse a exigência desse último, se converteria em convenção coletiva de trabalho.

Importante pontuar que o conjunto de regramentos previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas para a Convenção Coletiva de Trabalho terá também aplicabilidade sobre os acordos coletivos. Isto porque o acordo coletivo é um instrumento normativo que decorre da negociação coletiva¹⁴.

Feitas essas considerações, passa-se à análise da aplicação do princípio da proteção no âmbito das negociações coletivas, sob a ótica da alteração proposta pela Lei nº 13.467/2017 atinente à prevalência do negociado sobre o legislado.

4 – A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

4.1 – A prevalência do negociado sobre o legislado e o STF – análise jurisprudencial

É cediço na Justiça do Trabalho que, apesar da previsão constitucional da validade das negociações coletivas somada à autonomia negocial coletiva de que gozam os sindicatos, os acordos e convenções coletivas não poderão ser invocados com o intuito de suprimir direitos.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou o entendimento supracitado através da OJ nº 270¹⁵ da SDI-I.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (STF), antes mesmo da Reforma trabalhista, já vinha se posicionando no sentido de privilegiar a autonomia negocial coletiva em face do legislado, exemplo disso é o Recurso Extraordinário

14 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.429.

15 Orientação Jurisprudencial nº 270/TST-SDI-I – 11.07.2017. “PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.2002). A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”.

590.415/SC¹⁶, com repercussão geral, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Luís Roberto Barroso.

No acórdão unânime proferido em 30.04.2015, o STF reformou a decisão do TST, em sede de recurso de revista, e reconheceu a validade da quitação geral do contrato de trabalho decorrente de plano de demissão voluntária, desde que essa condição tenha constado expressamente em acordo coletivo.

Em seu voto condutor, o Ministro Luís Roberto Barroso sustenta em síntese que não se verifica no Direito Coletivo do Trabalho a assimetria existente no Direito Individual e, por consequência, a autonomia coletiva não se sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

Para o relator, no caso concreto, não houve limitação da autonomia individual, vez que os trabalhadores participaram das assembleias que homologaram o plano de demissão voluntária e ainda contaram com a discricionariedade de aderir ou não ao referido plano.

Este foi o mesmo entendimento no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 895.759/PE¹⁷ sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki.

No caso, a categoria de trabalhadores transacionou o direito ao cômputo das horas *in itinere* na jornada diária de trabalho em troca de concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades.

O recurso extraordinário foi interposto com o escopo de afastar condenação atribuída pelo TST, que condenou a recorrente ao pagamento de quatro horas *in itinere*, com reflexos legais.

Em parecer solicitado, a Procuradoria Geral da República asseverou que, ao contrário do que afirma o julgado agravado, a norma constitucional que disciplina a jornada de trabalho não abre flanco à flexibilização do limite de jornada nela instituído, pois é uma questão de segurança do trabalhador. E que o acordo como o trazido nos autos implicou a supressão de duas horas e meia *in itinere* por dia, além dos reflexos salariais, em troca de utilidades incertas, falsas vantagens, despedidas de ganho efetivo para as condições de trabalho dos empregados.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 590.415/SC*. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Claudia Maira Leite Eberhardt. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415Voto.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 895.759/PE*. Agravantes: Ministério Público Federal e Moisés Lourenço da Silva. Agravado: Usina Central Olho D'Água S/A. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>>. Acesso em: 10 set. 2017.

DOCTRINA

No caso, o ministro Teori Zavascki, seguido da maioria dos ministros do STF, entendeu ser legítima a supressão do pagamento das horas *in itinere* em substituição a outras vantagens ao trabalhador por meio de acordo coletivo.

Segundo o relator, o inciso XXVI do art. 7º da Constituição é um cheque em branco para que as partes da negociação coletiva possam estabelecer o conteúdo normativo a ser aplicado.

Para fundamentar seu entendimento, mencionou aquele adotado pelo STF no julgamento do RE 590.415, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, em que é explícita pela Constituição a possibilidade de os instrumentos coletivos reduzirem direitos trabalhistas, bem como transacionarem parcelas justralhistas que não sejam de indisponibilidade absoluta. Frisou-se ainda que no âmbito do direito coletivo não se verifica a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho.

Destarte, é possível perceber que a mudança trazida pela Reforma Trabalhista, a qual impõe o negociado sobre o legislado, coincide com o entendimento que já vinha sendo adotado pelo STF, o qual coloca o princípio da autonomia coletiva acima do princípio da aplicação norma mais favorável, sendo este último priorizado pelo TST.

Assim, não se pode negar que os entendimentos acima estabelecidos pela corte máxima do país certamente interferiram na construção das novas regras sobre o tema que se consolidaram com a reforma trabalhista.

Entretanto, por se tratarem as verbas trabalhistas, em sua maioria, de parcelas de natureza alimentar, somado ao fato de que momentos de pressão e necessidade podem levar os trabalhadores, ainda que de forma coletiva, a agirem em prejuízo próprio, entende-se que as negociações coletivas somente devem se sobrepor à lei nos casos em que não importem supressão de direitos.

Nesse sentido destacam-se as lições de Mauricio Godinho Delgado¹⁸, para o autor, embora a decisão vinculante do STF no RE 590.415/SC realmente abra uma exceção à compreensão jurisprudencial expressada na OJ nº 270 da SDI-I do TST acerca dos PDVs/PDIs e seus efeitos rescisórios, não traduz, em si, autorização genérica para a flexibilização, desregulamentação ou descaracterização de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas que sejam, nessa dimensão, instituídos e regulados por norma imperativa heterônoma estatal.

Ademais, o art. 7º da CRFB/88 deve ser lido como o patamar mínimo a ser garantido pelo legislador infraconstitucional e como limitador ao poder

18 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.502.

constituente reformador. Sob essa perspectiva, somente os incisos em que o legislador constitucional expressamente previu é que poderiam ser objeto de transação. Por fim, é necessário frisar que até mesmo nos casos de direitos expressamente previstos na CRFB/88 como transacionáveis por acordo ou convenção coletiva, as negociações devem se embasar nos valores sociais do trabalho e na dignidade da pessoa humana.

4.2 – A previsão legal da prevalência do negociado sobre o legislado

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 à CLT, uma das mais debatidas entre os especialistas da área tem sido a positivação da possibilidade do negociado prevalecer sobre o legislado, o que permite a sobreposição da autonomia negocial coletiva ao princípio da proteção, alteração esta que contempla o entendimento adotado pelo STF, como já demonstrado.

A maior mudança refere-se ao art. 611-A, inserido na CLT pela Lei nº 13.467/2017, cuja redação se apresenta a seguir:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

DOCTRINA

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.”

Sob a égide da Lei nº 13.467/2017, é possível que as convenções e os acordos coletivos se sobreponham ao legislado, desde que não se enquadrem nas vedações trazidas pela própria Lei.

Ainda segundo o dispositivo supracitado, a atuação da Justiça do Trabalho no exame das referidas convenções e acordos coletivos se restringirá à verificação da existência dos requisitos de validade dos negócios jurídicos, quais sejam a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei, consoante o disposto no § 3º do art. 8º da CLT, acrescentado pela Reforma, a seguir colacionado:

“Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

(...)

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

Nota-se uma preocupação por parte do legislador em, nos casos de análise judicial de cláusulas de CCT e ACT, limitar o poder de interpretação do Poder Judiciário, de forma a impedi-lo de atuar com a liberdade e autonomia

inerente à função jurisdicional e que está descrita no *caput* do art. 8º da CLT, tornando a forma de análise judicial das CCT e ACT verdadeira exceção ao Poder de atuação jurisdicional.

Como consequência, verifica-se o afastamento da Teoria do Conglobamento, tão utilizada pelo TST nas análises das cláusulas dos instrumentos normativos, sempre que questionadas no caso concreto.

Tal teoria implica dizer que, em caso de conflito entre normas autônomas de direito do trabalho, em que se discuta possíveis benefícios ou prejuízos aos empregados decorrentes das normas coletivas, deverá ser feita a opção pelo instrumento mais favorável, sem que ocorra o fracionamento desses institutos jurídicos. Com isso, “o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável, enfocando globalmente o conjunto de institutos componentes do sistema, e não pinçar cláusulas isoladamente”¹⁹.

Para o Ministro Ives Gandra Martins Filho, “o parâmetro para se proceder à comparação da norma mais favorável não será o indivíduo, tomado isoladamente, mas a coletividade interessada (categoria, por exemplo) ou o trabalhador objetivamente considerado como membro de uma categoria ou segmento, inserido em um quadro de natureza global”²⁰.

Dessa forma, em situações como esta, a Justiça Laboral, analisando os instrumentos e avaliando o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos, escolhe o melhor em seu todo. Entretanto, o § 3º do art. 8º da CLT, inserido pela reforma trabalhista, acaba por afastar essa possibilidade de análise pelo Judiciário, devendo o magistrado aplicar a cláusula negociada, ainda que esta seja mais prejudicial ao empregado.

Como se pode ver, a previsão legal de implementação da prevalência do negociado sobre o legislado, apesar da alegação de reforço da autonomia coletiva de vontade dos sindicatos, surge como uma possibilidade de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Tal dispositivo constitui uma severa mudança de paradigma no Direito do Trabalho, considerando que sob a ótica do Princípio da Proteção, quando da aplicação da norma trabalhista deve se privilegiar aquela que for mais favorável ao trabalhador.

19 MELO, Carlos Cavalcante. A teoria do conglobamento e a interpretação das cláusulas negociais coletivas frente aos princípios do direito do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2645, 28 set. 2010. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/266594/mod_resource/content/1/Tema%201.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

20 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 1001/2002-074-15-00*. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, DF. Diário da Justiça, Brasília, DF, 17 jun. 2005.

DOCTRINA

Essa alteração legislativa parte do entendimento de que os sindicatos de categoria profissional têm a mesma capacidade em todos os sentidos, tais como a econômica e a jurídica do que os sindicatos de categoria econômica, não se apresentando desequilíbrio contratual entre ambos, o que justificaria o não questionamento quanto à qualidade das cláusulas negociadas.

Contudo, trata-se, em verdade, de um grande retrocesso social, vez que, em uma leitura contemporânea do Direito Privado até mesmo no Direito Civil, em que tradicionalmente se privilegiou a autonomia privada nos negócios jurídicos, tem se admitido a aplicação de cláusulas gerais e princípios que permitem ao Judiciário ponderar no caso concreto a autonomia de vontade das partes, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, visando à proteção dos princípios fundamentais da CRFB/88.

Torna-se oportuno destacar que, além da possibilidade de os sindicatos ajustarem cláusulas que poderão se sobrepor à lei, a Lei nº 13.467/2017, responsável pela reforma trabalhista, trouxe outra importante mudança no que diz respeito ao custeio dos mesmos, ao tornar a contribuição sindical facultativa, o que afetará sensivelmente a capacidade financeira dos sindicatos profissionais, colocando até mesmo em questionamento o Princípio da Equivalência entre os Contratantes Coletivos.

Isto porque o legislador acaba por concentrar importantes poderes a um sindicato possivelmente economicamente enfraquecido, considerando que a contribuição sindical constitui a principal fonte de custeio dos referidos entes na atualidade. Não que o fim da contribuição sindical não tenha seus elogios, em especial o acatamento à Convenção nº 98 da OIT, porém, acredita-se que o fim da referida contribuição requeria um planejamento a médio prazo pelo menos, bem como a previsão legal de mecanismos de substituição de arrecadação por parte dos sindicatos, haja vista que as cobranças de contribuições assistenciais muito comumente são questionadas no Judiciário, chegando a impor devolução de valores por parte dos sindicatos.

Dessa forma, colocam-se em jogo direitos historicamente conquistados para serem possivelmente suprimidos e/ou precarizados por sindicatos debilitados.

Privilegiar a negociação coletiva em detrimento da lei, nos casos em que a norma coletiva possa modificar uma condição benéfica anteriormente adquirida e vincular a Justiça do Trabalho à aplicação da norma coletiva em detrimento de norma mais favorável, constitui grave violação ao Princípio da Proteção e ao fundamento dos valores sociais do trabalho, pois, ainda que o Direito Coletivo do Trabalho tenha sua principiologia específica, não se pode

DOCTRINA

desconsiderar que suas regras pactuadas impactam nos direitos individuais dos trabalhadores enquanto direitos sociais.

Portanto, é preciso se ter em mente que as convenções e os acordos coletivos devem ser ajustados, visando ao aperfeiçoamento das relações de trabalho e a adequação social do sistema jurídico às demandas trabalhistas da época.

Assim, não se pode invocar a autonomia negocial coletiva com o escopo de suprimir e precarizar direitos trabalhistas, não há que se admitir a vinculação da Justiça do Trabalho à aplicação de norma coletiva em detrimento da lei, sem que antes sejam analisadas as peculiaridades de cada caso, sob pena de desvirtuar a função precípua do Direito do Trabalho, a saber, a proteção do trabalhador.

Por fim, é mister frisar que nos termos da Lei Complementar nº 75/93, o Ministério Público do Trabalho é parte legítima para propor ações visando à anulação de cláusulas de contratos, acordos coletivos e convenções coletivas prejudiciais ao trabalhador. Senão vejamos:

“Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...)

IV – propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.”

Nesse sentido, considerando que a Lei nº 13.467/2017 foi silente no tocante à atribuição do Ministério Público do Trabalho (MPT), ainda que o legislador tenha retirado dos magistrados do trabalho a função de interpretar a qualidade das cláusulas constante dos acordos e convenções coletivas, o MPT poderá, através de seus órgãos de execução, postular pelo afastamento da aplicação de normas coletivas prejudiciais, invocando então a aplicação das vertentes do Princípio da Proteção, em especial a norma mais favorável.

Destarte, espera-se que após a entrada em vigor das mudanças legislativas apresentadas a atuação da Justiça do Trabalho esteja pautada nos princípios constitucionais e que o Ministério Público do Trabalho participe de forma extremamente ativa no exame do conteúdo das negociações coletivas, com o escopo de pretender por decisão judicial o afastamento de cláusulas nulas, interpretando como tal especialmente aquelas que implicarem prejuízo aos direitos indisponíveis dos trabalhadores.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A progressividade dos direitos trabalhistas é garantida pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a qual se fundamenta pelos valores sociais do trabalho, bem como pela dignidade da pessoa humana.

Como efetivação desses valores, o legislador constitucional, ao elencar os direitos sociais dos trabalhadores rurais e urbanos, dispôs no art. 7º o patamar mínimo a ser observado quando da elaboração de normas trabalhistas.

Nesse sentido, o dispositivo constitucional supramencionado cria para o Estado uma obrigação positiva, com o intuito de concretizar os direitos nele elencados, e vincula negativamente o poder constituinte reformador, bem como o legislador infraconstitucional.

Observa-se que a alteração ora analisada já era um entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pois o mesmo já vinha se posicionando a favor da sobreposição da autonomia negocial coletiva ao Princípio da Proteção, que apesar de contrariar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho agora foi de fato positivada.

No entanto, em que pese à previsão legal de sobreposição da autonomia coletiva dos sindicatos ao legislado, as negociações coletivas devem se pautar pelos valores sociais do trabalho, visando ao estabelecimento de condições mais benéficas ao trabalhador e jamais devem ser invocadas objetivando a supressão e a precarização de direitos trabalhistas.

Em relação ao campo prático, apesar de o legislador criar restrições à forma de atuação do magistrado trabalhista, afastando inclusive a utilização da Teoria do Conglobamento, é possível que a Justiça do Trabalho afaste a aplicação da norma coletiva prejudicial ao trabalhador partindo, sobretudo, de uma leitura constitucional do Direito do Trabalho.

Ademais, espera-se com as alterações legislativas maior ativismo do Ministério Público do Trabalho no exame das normas coletivas, mormente, visando à anulação daquelas que forem constitucionalmente prejudiciais ao trabalhador.

Por fim, ainda que o grave cenário de crise político-econômica existente atualmente no Brasil, somado ao surgimento de novas relações de trabalho decorrentes do avanço tecnológico, revele a necessidade de evolução do Direito do Trabalho, mostra-se temerária uma mudança legislativa tão radical, principalmente por possibilitar interpretações que acarretem a supressão de direitos trabalhistas e a violação a preceitos fundamentais da CRFB/88.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador*. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/copia_de_vjklm-170407a.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 590.415/SC*. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Claudia Maira Leite Eberhardt. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415Voto.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- _____. _____. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 895.759/PE*. Agravantes: Ministério Público Federal e Moisés Lourenço da Silva. Agravado: Usina Central Olho D'água S/A. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 1001/2002-074-15-00*. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, DF. Diário da Justiça, Brasília, DF, 17 jun. 2005.
- CARDOSO, Jair Aparecido; FAVARETTO, Sandra Helena. *A prevalência do negociado sobre o legislado frente ao postulado da vedação ao retrocesso social*. Universidade de Ribeirão Preto. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/viewFile/734/775>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo, LTr, 2017.
- _____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MELO, Carlos Cavalcante. A teoria do conglobamento e a interpretação das cláusulas negociais coletivas frente aos princípios do direito do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2645, 28 set. 2010. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/266594/mod_resource/content/1/Tema%201.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.
- MESQUITA, Carolina Pereira Lins. *Teoria geral do direito do trabalho: pela progressividade sociojurídica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2012.
- MURUSSI, Daniel Martin. *O princípio da autonomia privada coletiva à luz da constitucionalização do direito do trabalho*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/157640/001010437.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 set. 2017.

UMA ANÁLISE DO PROGRAMA PARA O TRABALHO DECENTE NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Elden Borges Souza*

1 – APRESENTAÇÃO E INTRODUÇÃO AO TEMA

Na pesquisa sobre Direitos Humanos, embora haja uma ampla discussão sobre o direito à vida, um ponto muitas vezes colocado em segundo plano diz respeito às condições que asseguram uma vida digna. E, considerando o ser humano como um ser laboral, cuja realização individual e social envolve o trabalho (em sentido amplo), o conceito de vida digna toca a discussão sobre o labor humano.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala¹, fixou a garantia da vida digna. Segundo esse posicionamento, além da *existência*, o ser humano possui o direito a uma vida composta por elementos que promovam sua *dignidade* (valor fundamental decorrente da essência humana). Não é possível definir extensivamente seus efeitos, no entanto, é possível agrupar alguns elementos mínimos que formam um conjunto necessário a uma vida com qualidade.

No Brasil, a ministra Cármen Lúcia, integrante do Supremo Tribunal Federal, coordenou um livro sobre o “Direito à vida digna”². Discorre a ministra sobre um direito substancial, além da “simples” existência. As garantias à vida previstas em diversos textos constitucionais, legais e nos tratados sobre direitos humanos não são mero direito de existência. O existir não é, por si só, suficiente.

Por consequência, em um mundo abalado por constantes crises decorrentes de uma conjuntura econômica globalizada – que tem gerado eliminação

* *Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA); bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA); membro do grupo de pesquisa “Tradição da Lei Natural” (CNPq); professor universitário e advogado.*

1 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. São José da Costa Rica, 19 de novembro de 1999.

2 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

e degradação de postos de trabalho – é necessário discutir a existência de um direito ao trabalho. E mais, se este existir, em que medida deve ser necessariamente *digno*. Em outros termos, é suficiente que exista a oportunidade de trabalho ou esta deve possuir determinadas qualificações e características?

Esse é um ponto fundamental, pois precisamos saber se, na busca por um trabalho – que é um meio de desenvolvimento pessoal e social –, o ser humano pode renunciar a certas condições. Isto é, saber se a dignidade no trabalho pode ser alienada pelo trabalhador. Para isso, precisamos explicar afirmar um direito ao trabalho digno.

Sendo assim, este trabalho tem a pretensão de ir além do princípio trabalhista do valor social do trabalho, tentando analisar a questão sob o prisma dos Direitos Humanos, buscando saber se efetivamente é possível afirmar que existe um direito ao trabalho digno. Para tanto, tomou-se como referência o Programa para o Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Com tal objetivo, inicialmente será feita uma análise sobre as atuais condições econômicas, especialmente a globalização, ressaltando sua influência sobre o mercado de trabalho. Então, será feita uma explanação sobre o direito ao trabalho, seguindo-se para a aplicabilidade da dignidade humana nessas relações. Passar-se-á a uma exposição sobre o Programa para o Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho. Por fim, há uma exposição sobre os efeitos desse reconhecimento.

2 – TRABALHO, DESEMPREGO E A CARACTERIZAÇÃO DE UM DIREITO AO TRABALHO

Antes de ingressar no tema, é útil destacar o desenvolvimento histórico da noção de trabalho. Ora, a noção de “trabalho” é etimológica e historicamente relacionada à punição. A palavra possui a mesma raiz latina de palavras como “pena” e “fadiga” – significando tarefa pesada ou árdua. Esta noção perpassou a Idade Média, sendo adotada pela Igreja Católica. No entanto, explica Max Weber, a Reforma Protestante muda essa noção, encontrando fundamentos para a valorização do trabalho. A visão Calvinista, contribuindo para o desenvolvimento do Capitalismo, eleva o trabalho à *condição* para o desenvolvimento humano – enquanto os católicos, em geral, se preocupavam com uma formação humanística, os protestantes possuíam uma visão industrial e empresarial³.

3 WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 29-34.

DOCTRINA

A consolidação desse pensamento ocorre especialmente com as revoluções burguesas. Relembre-se que à burguesia, em especial, interessava uma boa visão do trabalho, pois sua riqueza decorria do esforço pessoal e não do sangue – os nobres viviam dos impostos pagos pelas classes pobres e trabalhadoras. Sobre isso, inclusive, a Constituição Francesa de 1791 possuía no seu título primeiro a previsão de um órgão destinado à assistência social (“socorros públicos”), incluindo fornecimento de trabalho.

O capitalismo saiu triunfante frente os demais sistemas de produção, isto é um dado inexorável. No entanto, a proteção do trabalho nem sempre andou junto com a sua consolidação. Atualmente, o principal problema na concretização do pleno emprego é a globalização. O fenômeno de integração das economias e dos sistemas econômicos “locais”, a unificação técnica, a facilidade na transmissão de informações e a união gerencial – a globalização econômica – fizeram com que a forma de agir dos entes empresariais mudasse, acarretando uma alteração sistemática nas relações de trabalho⁴. Uma das principais mudanças se deu entre os índices de emprego e formas de trabalho.

Tratando do tema, Peluso explica que o trabalho é uma forma de o indivíduo participar e usufruir do desenvolvimento gerado pelo Estado⁵. Quando a globalização gera uma constante (e, algumas vezes, permanente) onda de desemprego, há uma preocupação sobre a continuidade na garantia de uma série de direitos de quem está desempregado – e, presumamos, sem trabalho, sem renda e, por conseguinte, em uma sociedade capitalista sem possibilidade de satisfazer suas necessidades.

As crises econômicas, recessões e a globalização têm conduzido, por um lado, à manutenção da riqueza de determinados grupos e, por outro, ao empobrecimento das camadas mais sensíveis a mudanças econômicas (a massa dos trabalhadores). Ora, a perda de um posto de trabalho não é mera mudança econômica; afinal, “pela estrutura social atual, o emprego é sinônimo do direito à sobrevivência, ou seja, à vida”⁶.

Considerando isso, e à luz da situação global atual (globalização e crise econômica), é fundamental saber se existe um direito de acesso ao mercado de trabalho. Deste reconhecimento advirão efeitos – principalmente deveres

4 RIBEIRO, Wagner Costa. Globalização e geografia em Milton Santos. In: El ciudadano, la globalización y la geografía. Homenaje a Milton Santos. *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, vol. VI, n. 124, 30 set. 2002.

5 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 303.

6 SOUZA, 2002. p. 312.

para o Estado. Tal tema é tratado pela Organização Internacional do Trabalho no Programa para o Trabalho Decente.

A razão mais basilar para a fixação do “direito ao trabalho” é a relação entre o direito à vida e os meios de subsistência. Nas sociedades atuais, em que vigora o capitalismo, é imperativo que as pessoas disponham de recursos para desenvolver suas atividades mais cotidianas: alimentação, locomoção, moradia, educação e outras. Sendo assim, os meios de se conseguir recursos acabam sendo meios de subsistência em si.

Dentro desse contexto, o meio mais acessível de se obter recursos é ocupando uma vaga de trabalho. Refletindo quase de forma silogística, ter um trabalho é o mais acessível e eficaz meio de se obter os recursos indispensáveis à vida em sociedade. Em outros termos, o viver – no sentido mais simples da pura existência – depende do trabalhar.

Nesse sentido, Marcos Alves explica que há a noção, por diversos autores, que o trabalho é um direito e uma obrigação de cada indivíduo. Enquanto direito, decorre do direito à vida, pois para viver o homem precisa trabalhar. Se a ordem econômica lhe negar o trabalho, lhe recusa a sobrevivência. E mais, é o trabalho que possibilita ao homem desenvolver suas capacidades (físicas e mentais), convivendo em sociedade e realizando-se⁷.

Outra é a implicação do capitalismo: a responsabilidade individual. Mesmo o Estado Social tendo assumido diversas responsabilidades, a natureza dos sistemas econômicos atuais obriga que cada indivíduo assuma o dever, a responsabilidade por conservar sua vida – no sentido de prover sua alimentação, moradia, vestuário, educação e o restante que considerar necessário – por intermédio dos meios disponibilizados. Dentre os meios disponíveis de, por esforço “individual” realizar isso, o principal é o trabalho.

Acaba, assim, sendo mecanismo de responsabilidade da pessoa no seu próprio desenvolvimento. É meio hábil de assegurar o desenvolvimento completo da pessoa, uma vez que é o meio mais uniforme de garantia de renda, tanto que a discriminação no mercado de trabalho constitui uma violação à noção de trabalho digno⁸. Em oposição ao posto de trabalho, a maioria dos outros meios de acesso à renda são eventos aleatórios.

7 ALVES, Marcos César Amador. Trabalho decente sob a perspectiva dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 332.

8 A liberdade (e a igualdade) no âmbito do mercado de trabalho são indispensáveis ao desenvolvimento pessoal e social, conforme expõe: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Sob o aspecto da inclusão social, Godinho Delgado explica que a maior parte da população atual sobrevive com os recursos propiciados por seu trabalho⁹. O labor, assim, é o meio utilizado pela maior parte das pessoas para se integrar à sociedade. Alves explica que “é essencialmente por meio do trabalho que toda pessoa busca atingir o pleno desenvolvimento de sua potencialidade e, sobretudo, o sentido de completude”¹⁰.

Todavia, nem todos podem ou conseguem, isoladamente, ingressar nesse mercado. Resta, destarte, ao Estado formular políticas de acesso ao trabalho – fomentando a inclusão social e a Democracia. Norberto Bobbio já explicava que da necessidade, consensualmente reconhecida, de um direito – indispensável à plena realização humana – surge o poder de postular seu reconhecimento¹¹. Este é o caso do direito de acesso ao trabalho: um remédio à indigência existente na ausência de trabalho e recursos.

Como afirma Albino de Souza, analisar problemas relacionados ao trabalho exige, de início, reconhecer a indivisibilidade e interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Depois, que o desenvolvimento deve ser partilhado com as pessoas. Por fim, que o ser humano não pode ser tomado como um “fator de produção”, mas como alguém dotado de direitos¹².

A Organização Internacional do Trabalho, de maneira semelhante, assim expressou a importância do direito ao trabalho:

“A experiência cotidiana nos recorda que, para todos, o trabalho é um aspecto definidor da existência humana. O trabalho é um meio para sustentar a vida e satisfazer as necessidades básicas. Porém, é também a atividade mediante a qual as pessoas afirmam sua própria identidade, tanto perante si mesmas como ante as que as rodeiam. O trabalho é crucial para o exercício de opções pessoais, para o bem-estar da família e para a estabilidade da sociedade.”¹³

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 17.

10 ALVES, 2010. p. 329.

11 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 6.

12 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 301-302.

13 Tradução livre de: “La experiencia diaria nos recuerda que, para todos, el trabajo es un aspecto definitorio de la existencia humana. El trabajo es un medio para sustentar la vida y satisfacer las necesidades básicas. Pero es también la actividad mediante la cual las personas afirman su propia identidad, tanto ante sí mismas como ante quienes les rodean. El trabajo es crucial para el ejercicio de opciones personales, para el bienestar de la familia y para la estabilidad de la sociedad”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 89, 2001, Genebra. *Memoria del director general*. Genebra: OIT, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-i-a.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

DOCTRINA

O reconhecimento do direito de acesso ao mercado de trabalho está previsto em tratados internacionais sobre direitos humanos. Segundo o artigo 6, item 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.”

O reconhecimento deste direito está dentro do conceito de “Trabalho Decente” formulado pela OIT. “O objetivo da geração de empregos é dos mais importantes para o conceito de trabalho decente, eis que se trata do meio, por excelência, para evitar a pobreza e permitir a aplicação dos demais direitos inerentes à proteção do trabalho humano”¹⁴.

Apesar dessa fundamentação, diversas políticas governamentais conduzem à redução da atuação estatal e desregulação do mercado (inclusive de trabalho). Nesse sentido, Bretton Woods fundou-se em dois pressupostos: os mercados são capazes de, por si só, promover o crescimento e quase suficientes de assegurar a estabilidade social e a democracia política.

O êxito econômico dependeria, basicamente, de se transferir ao mercado as funções do Estado em matéria de regulação. Nesse contexto, o emprego era um mero apêndice nas políticas econômicas e o mercado de trabalho se limitava a garantir uma adaptação flexível conforme a evolução da demanda.

Por serem simples e universais, esses princípios exerceram grande influência, alterando a gestão macroeconômica, a utilização de novas tecnologias e os métodos de gestão. No entanto, por não considerarem o contexto social e político dos mercados, causaram desastrosas repercussões nas vidas de pessoas e famílias¹⁵. Por isso devem ser superados, a partir dos conceitos de direito ao trabalho, dignidade e trabalho decente.

Existindo um direito de acesso ao mercado de trabalho, este seria um direito social, pois estes são, como o direito em questão, originados a partir da necessidade de um grupo que, por determinadas condições, foi fragilizado antes as condições de igualdade material. São, portanto, um remédio ofertado ao grupo vulnerável (hipossuficiente), por meio da oferta de determinada prestação (obrigação positiva) pelo Estado, como forma de promoção de uma igualdade material.

14 ALVES, 2010. p. 337.

15 CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 89, 2001.

No entanto, em geral, os direitos de segunda categoria¹⁶ são vistos como de menor eficácia e aplicabilidade. Trata-se de teoria voltada à relativização da força dos direitos sociais, em geral decorrente de um Estado Liberal e descompromissado com o desenvolvimento social. Pode muito bem ser utilizada para fins de explicação teórica, mas seu uso na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais gera graves distorções, fazendo prevalecer a concretização dos direitos de primeira categoria (ditos de abstenção estatal) em detrimento dos direitos difusos e coletivos¹⁷.

Entretanto, tal corrente vem sendo estruturalmente superada. Afinal, enquanto garantias, esses direitos (incluindo o direito ao trabalho) não devem receber uma proteção meramente filantrópica, mas politicamente racional¹⁸. Portanto, o acesso ao mercado de trabalho é um direito, caracterizando-se como a garantia de prestações positivas (vinculantes) do Estado nesse sentido. Não obstante, a dignidade também deve permear esse conceito.

3 – A DIGNIDADE COMO ELEMENTO DO TRABALHO

Uma vez aceito que existe o direito ao trabalho, a indagação passa a ser sobre sua qualidade. Ora, a Dignidade da Pessoa Humana é o valor fundamental da Constituição Brasileira e indicado no preâmbulo de diversos documentos internacionais. Alguns a definem como direito fundamental ou como um princípio¹⁹. No entanto, devemos considerá-la como um valor maior, como a qualidade intrínseca do homem, o fundamento axiológico e vetor interpretativo dos direitos humanos e do ordenamento jurídico.

Diferentemente dos demais princípios e direitos fundamentais (que não deixam de ser princípios) que podem entrar em colisão, submetendo-se ao método da ponderação de interesses e ao método da proporcionalidade, a Dignidade Humana, enquanto decorrente da essência humana, não pode ser limitada em uma situação de conflito, sob pena de afirmarmos que um indivíduo possui mais dignidade (e, por conseguinte, valor) que outro – o que criaria um

16 Terminologia usada por Dimoulis e Martins em substituição às expressões “gerações”, de Vasak, e “dimensões”, de Sarlet. No âmbito internacional, tais direitos são referidos em grupo, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC). Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 30-31.

17 BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Análise crítica à teoria das gerações dos direitos humanos. *A Leitura*, Belém, vol. 3, n. 5, p. 29-42, nov. 2010.

18 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 196.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 67.

DOCTRINA

escalonamento entre pessoas – que possuem (e devem possuir) mesmo valor (e, portanto, mesma dignidade)²⁰.

Essa, aliás, é a melhor interpretação do Preâmbulo e do artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando afirmam que a dignidade é inerente ao homem e que todos nascem igualmente dignos. A essência humana – apesar de ser um argumento tautológico para a fundamentação dos Direitos Humanos, segundo Bobbio²¹ – não pode ser alienada, pois o homem jamais pode ser um meio: sempre deve ser um fim em si mesmo, como um valor intrínseco, insubstituível e único – em uma noção kantiana de Dignidade²².

Sendo a Dignidade um valor que permeia a Constituição de 1988 e, como regra, os tratados de direitos humanos, resta saber como influencia o direito ao trabalho. Christiana Oliveira explica que “no âmbito das relações de trabalho, a dignidade assume a característica de instrumento na luta contra os atos e práticas abusivos e contra as violações de direitos fundamentais dos trabalhadores, que os desconsideram como sujeitos de direitos”²³.

Para saber se a dignidade no trabalho pode ser alienada pelo trabalhador, é útil explicar o desenvolvimento dos direitos que formam o trabalho digno. Voltando um pouco no desenvolvimento do trabalho na história recente, temos como principal marco a Revolução Industrial. Hobsbawm, ao tratar desse tema, explica que o período da Revolução Industrial “constitui a maior transformação da história humana desde os tempos remotos quando o homem inventou a agricultura e a metalurgia, a escrita, a cidade e o Estado”²⁴.

O processo acelerado de industrialização atraiu uma massa de trabalhadores, facilitando o acesso ao trabalho, porém, não os via além de um dos requisitos necessários ao processo produtivo. Tal visão conduziu a uma degradação constante nas condições de trabalho: jornadas exaustivas, ausência de salário mínimo, desrespeitos às exigências de igualdade (o que atingia especialmente as mulheres), desrespeito aos direitos das crianças e adolescentes e violação a um adequado ambiente de trabalho.

Isso favoreceu os movimentos marxistas. Em contrapartida, os proprietários do capital aceitaram a ideia de documentos que assegurassem direitos

20 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 76.

21 BOBBIO, 2004. p. 17.

22 OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. *(O) direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p. 471.

23 OLIVEIRA, 2010. p. 478.

24 HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 20.

mínimos às classes trabalhadoras. Nesse contexto foram promulgadas a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, além da própria criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919.

Este repensar das relações trabalhistas ficou conhecido como “desmercantilização do trabalho”, um fenômeno de inclusão e democratização – estudado inicialmente (nos anos 1940) por Karl Polanyi²⁵. A partir desse desenvolvimento, os direitos sociais assegurados ao trabalhador foram sendo consolidados.

“O trabalho não é uma mercadoria”: assim foi aberta a Declaração de Filadélfia de 1944 da Organização Internacional do Trabalho, afirmando a natureza diferenciada das relações trabalhistas (artigo I, alínea *a*). Tal afirmação vai ao encontro do que está sendo levantado aqui: o trabalho é uma forma eficaz no desenvolvimento das capacidades humanas, devendo ser visto como uma manifestação da Dignidade Humana e a partir desta.

Afinal, se o trabalho faz parte da existência humana, e a existência humana deve ser digna, o trabalho humano também deve cumprir exigências que o tornem digno. Deve ser valorizado e receber um tratamento diferenciado²⁶. Portanto, a Dignidade Humana enquanto garantia conquistada é um dos fundamentos para sua indisponibilidade, pois possibilitar sua cessão significa autorizar o retorno ao passado de conflitos e exploração.

Por outro lado, como eixo axiológico-normativo fundante de qualquer sociedade que almeje respeitar a pessoa em si, a dignidade no trabalho deve, também, ser vista a partir de uma ótica mais ética do que econômica ou jurídica, Amartya Sen define os Direitos Humanos, antes de qualquer coisa, como imperativos éticos²⁷. Por isso, não pode o trabalhador alienar seus direitos que tenham fundamento na dignidade sem violá-los.

Sendo assim, não podemos admitir restrições à dignidade do trabalho, especialmente quando as justificativas são de cunho econômico. Enquanto a globalização, na tentativa de integração econômica, social, cultural e política, exige a desregulamentação dos mercados e a flexibilização do mercado de trabalho, o Direito impõe o respeito à humanidade²⁸. Em análise sobre a influência da economia e da globalização na proteção da dignidade humana nas relações de trabalho, Cármen Lúcia expõe:

25 DELGADO, Mauricio Godinho. Relação de emprego e relações de trabalho. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social*. São Paulo: LTr, 2010. p. 22.

26 GRAU, 2012. p. 196.

27 SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 390-421.

28 ALVES, 2010. p. 333.

DOCTRINA

“Tendo sede na filosofia, o conceito da dignidade da pessoa humana ganhou foros de juridicidade positiva e impositiva como uma reação a práticas políticas nazifascistas desde a Segunda Guerra Mundial, tornando-se, agora, nos estertores do século XX, uma garantia contra práticas econômicas identicamente nazifascistas, levadas a efeito a partir da propagação do capitalismo canibalista liberal globalizante sobre o qual se discursa e sobre o qual se praticam atos governativos submissos ao mercado; um mercado que busca substituir o Estado de Direito pelo não Estado, ou, pelo menos, pelo Estado do não Direito, que busca transformar o Estado Democrático dos direitos sociais em Estado autoritário sem direitos.”²⁹

Mesmo assim, no novo contexto mundial, os direitos sociais e econômicos dos trabalhadores passam a ser questionados e enfraquecidos na busca por produtividade e competitividade – algo inadmissível. O crescimento proposto pela atual ordem econômica não é suficiente. É imperativo, ao menos, o respeito aos direitos já assegurados.

Dentre os direitos decorrentes do conceito de trabalho digno, algumas garantias podem ser consideradas como seu núcleo: liberdade de escolha, justa remuneração, adequado meio ambiente, tratamento respeitoso, igualdade e liberdade sindical. Em mesmo sentido é a manifestação de Brito Filho:

“Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.”³⁰

Em que pese a manifestação do autor e do próprio Programa para o Trabalho Decente da OIT, é necessária a divisão do direito ao trabalho do direito ao trabalho digno – ao menos para fins teóricos. Afinal, a existência do trabalho é um pressuposto à aferição de sua dignidade, por isso devemos partir do trabalho existente para implementar os caracteres que marcam sua humanização. Reconhecendo o direito ao trabalho, fica evidente a necessidade de garantir sua dignidade, são direitos “siameses”: essencialmente independentes, mas intrinsecamente unidos. Formam um todo, indivisível, denominado trabalho decente.

29 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, ano 2, vol. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

30 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 52.

DOCTRINA

Quanto à proteção internacional, diversos documentos fixam a proteção necessária no mercado de trabalho. A Organização das Nações Unidas, logo em seu marco, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegurou no artigo XXIII:

“1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.”

No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que detalhou a proteção genérica da Declaração, em seu artigo 7, os países se comprometeram a promover objetivos estratégicos na consolidação do trabalho digno:

“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) A segurança e a higiene no trabalho;

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.”

No dizer de Amador Alves: “as dimensões propostas pelo conceito de trabalho decente correspondem a um piso de proteção, não a um teto”³¹. Logo, os direitos relacionados ao trabalho digno não ficarão adstritos aos indicados, uma vez que a dignidade que informa este conceito possui uma noção dinâmica e plural, tendendo a um fortalecimento e ampliação das garantias já asseguradas³².

4 – O PROGRAMA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO PARA O TRABALHO DECENTE

Na virada do século, durante a 87^a Conferência Internacional do Trabalho, em 1999, a Organização Internacional do Trabalho decidiu mudar seu foco de ação, centrando esforços e recursos para ter uma atuação mais eficaz na nova realidade mundial. Dos 39 programas principais que até então vinha desenvolvendo, a Organização estabeleceu os quatro objetivos estratégicos para promoção do Trabalho Decente.

O Programa para o Trabalho Decente, assim, representou o retorno do organismo aos seus objetivos iniciais. Fundada em 1919, “em um mundo devastado pela guerra, ameaçado pela revolução e assolado pela pobreza e miséria dos trabalhadores”³³, tinha (e volta a ter) como objetivo estabelecer uma estrutura social em prol da paz e da estabilidade, em que os aspectos econômicos pudessem gerar prosperidade e justiça social.

A Organização reconheceu que a nova economia mundial transformou as circunstâncias econômicas e sociais, afetando as relações empresariais e trabalhistas. A globalização gerou, a um só tempo, prosperidade e desigualdade. Sendo assim, as necessidades trouxeram oportunidades voltadas à humanização da economia mundial, de modo a produzir estabilidade econômica e desenvolvimento justo. Nisso pode ser resumido o objetivo genérico do programa de trabalho decente.

Para a Organização Internacional do Trabalho, a meta do trabalho decente é importante por alguns motivos: (a) representa a aspiração mundial de se con-

31 ALVES, 2010. p. 348.

32 OLIVEIRA, 2010. p. 476.

33 Tradução livre de “La OIT se fundó en 1919, en un mundo devastado por la guerra, amenazado por la revolución y asolado por la pobreza y la miseria de los trabajadores”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999, Genebra. *Memoria Del Director General*. Genebra: OIT, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

DOCTRINA

seguir um trabalho produtivo em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade humana; (b) proporciona um marco de políticas, possibilitando um enfoque coerente de metas comuns; (c) é um método para organizar programas e atividades, permitindo a definição de metas e indicadores de rendimentos; e (d) é uma plataforma para o diálogo e associação com outras entidades, um instrumento de participação³⁴.

O trabalho digno é essencial ao bem-estar das pessoas, sendo um meio de progresso social e econômico do indivíduo, da família e da comunidade. Aliados à igualdade de gênero, a OIT elencou quatro metas para a promoção do trabalho decente: geração de trabalho, garantia dos direitos dos trabalhadores (especialmente dos hipossuficientes), extensão da proteção social e promoção do diálogo entre as organizações sociais.

Este conceito, segundo a Organização, decorre da visão que o trabalho decente promove o bem de todos, inclusive propiciando crescimento econômico e desenvolvimento das empresas. É elemento indispensável a uma globalização justa, à redução da miséria e a um desenvolvimento equitativo, inclusivo e sustentável.

Os quatro objetivos promovem um trabalho no qual se protegem os direitos, geram-se recursos adequados e uma proteção social apropriada e existe trabalho suficiente (para que haja pleno acesso a oportunidades e obtenção de ingressos). Marca uma pauta para o desenvolvimento econômico e social, guiada pela proteção social e valorização das normas sociais e dos direitos dos trabalhadores, sem renunciar à participação social (com o fim de conseguir legitimidade e permanência das políticas econômica e social).

Quanto à primeira meta, a possibilidade de acesso ao mercado de trabalho é um pressuposto aos demais princípios e amplia a proteção do trabalho decente àqueles que estão à margem do mercado de trabalho – fazendo esse princípio aplicável a eles. “A defesa dos direitos no trabalho pressupõe, necessariamente, a obrigação de promover as possibilidades do trabalho propriamente dita”³⁵.

“O acesso ao trabalho é o meio mais seguro para sair da pobreza, e os direitos dos trabalhadores não existem quando não há trabalho”³⁶. Sendo que a

34 CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 89, 2001.

35 Tradução livre de: “La defensa de los derechos en el trabajo presupone forzosamente la obligación de promover las posibilidades del trabajo propiamente dicho”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

36 Tradução livre de: “El acceso al trabajo es el medio más seguro para salir de la pobreza, y los derechos de los trabajadores no existen cuando no hay trabajo”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 89, 2001.

DOCTRINA

incorporação das pessoas em atividades produtivas gera riqueza e possibilita o alcance das metas sociais. Ora, atrás de cada desempregado existe uma família infeliz.

O desemprego pode ser um problema de crescimento e desenvolvimento ou fruto de desigualdade no mercado de trabalho. Por isso, o crescimento econômico não é suficiente para absorver a mão de obra à margem da economia estruturada, pois até nas economias mais prósperas o sistema inclui uns e exclui outros. Ao contrário, se o crescimento for desigual, a tendência é o aprofundamento da exclusão.

Nesse contexto, os trabalhadores qualificados não encontram grandes dificuldades para integrarem o mercado de trabalho, no entanto, os demais não chegam ao nível necessário para ocupar determinados postos de trabalho. As mulheres e os jovens, também, no geral, são vítimas da desigualdade do sistema.

Por outro lado, a globalização e a rápida evolução dos sistemas de produção exigem que as empresas ajustem as formas de trabalho, melhorando a qualidade e a produtividade, trazendo oportunidades e problemas na questão do emprego. Apesar de alguns afirmarem que tal mutação extingue, permanentemente, postos de trabalho, a OIT entende que, por sua vez, outros cargos são abertos em outros setores (como no de serviços). Em detrimento, nascem postos de trabalho mal remunerados, mal protegidos e, como regra, passageiros.

Considerando essas dificuldades no acesso ao mercado de trabalho, três fatores são decisivos na política de empregos e devem ser transformados: (a) a política macroeconômica, (b) os sistemas de produção e a estratégia empresarial e (c) a desigualdade de acesso ao emprego e ao mercado de trabalho.

Na questão macroeconômica deve haver especial preocupação com o combate ao desemprego e à pobreza. O mundo empresarial e os sistemas de produção devem adequar-se para que se criem postos de trabalho adequados, sendo possível aos trabalhadores adquirir novas capacidades para aproveitarem novas oportunidades. E, há a necessidade de um bom sistema de ensino e formação para todos, permitindo a inserção econômica e social dos grupos excluídos do mercado de trabalho, eliminando a desigualdade entre os qualificados e os não qualificados (e, a paralela, entre homens e mulheres).

No entanto, a criação de postos de trabalho não é suficiente, é necessário que sejam de uma qualidade aceitável. Quantidade de postos de trabalho não se opõe à qualidade – esta é a razão de ser do segundo princípio. Para a OIT, três pontos são fundamentais no objetivo de proteger os direitos humanos: tornar

efetiva a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, repensar suas normas e fortalecer a luta contra o trabalho infantil.

A Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho³⁷ surgiu como resposta ao anseio por um desenvolvimento econômico com correspondente desenvolvimento social (respeitando a dignidade humana e a justiça social). Para ser universal, eficaz e legítima, tal documento não deve ter condicionantes, deve ser o objetivo comum do sistema multilateral e contar com um sistema de monitoramento eficaz e rápido.

“A Declaração traz o compromisso de todos os Membros de *respeitar, promover e tornar realidade*, de boa-fé, os princípios e direitos relativos: (a) à liberdade de associação e à liberdade sindical e ao reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (b) à eliminação de todas as formas de trabalhos forçados ou obrigatórios; (c) à abolição efetiva do trabalho infantil; e (d) à eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.”³⁸

O trabalho infantil é um fim em si mesmo e um meio de se promover o desenvolvimento econômico e humano. É prejudicial não apenas às crianças, mas aos seus próprios países – que perdem a capacidade de progredir e prosperar. Não é suficiente que as crianças parem de trabalhar, é necessário que se lhes ofereça educação adequada e que se forneça aos seus pais um trabalho digno, com suficientes recursos. O combate ao trabalho infantil contribui no combate à pobreza, aumentando, inclusive, os postos de trabalho.

Por outro lado, as condições de trabalho também foram profundamente alteradas com as mudanças econômicas, demográficas e na forma de organizar o tempo de trabalho. Em geral, essas mudanças têm sido mais prejudiciais para as mulheres, as principais vítimas das formas mais flexíveis e vulneráveis de trabalho.

Ora, na proteção dos direitos no trabalho, ponto relevante é a defesa dos hipossuficientes e daqueles desprovidos de recursos. Apesar de se afirmar que os pobres não precisam de direitos básicos e sim de emprego e renda, isso é

37 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho*. 1998.

38 Tradução livre de: “La Declaración entraña el compromiso de todos los Miembros de *respetar, promover y hacer realidad*, de buena fe, los principios y derechos relativos a: (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

uma proposta errônea. “A pobreza não é apenas uma questão de recursos, mas também de direitos e capacidades”³⁹.

A ideia de trabalho primeiro, trabalho decente depois, é prejudicial, pois esse “depois” quase nunca chega. Não pode ser postergado o combate ao trabalho infantil, à discriminação e à servidão por dívidas. “Com o trabalho decente se busca melhorar a qualidade de vida das pessoas, no que se refere não apenas aos níveis de ingressos e de consumo, mas também à capacidade para realizar suas aspirações”⁴⁰. Sendo que apenas o desenvolvimento econômico duradouro pode criar empregos com qualidade.

O terceiro foco do programa são os sistemas de proteção social. No final do século XX e início do século XXI, os países deram grande importância à reforma dos sistemas de proteção social. Os modelos dos países com economia planejada e dos países com sistemas assistenciais entraram em colapso – principalmente com o aumento do desemprego, com o envelhecimento da população e com as novas funções que lhes foram atribuídas.

Mesmo assim, o sistema de proteção social é um dos maiores avanços do século XX: “Um de seus objetivos fundamentais tem sido reprimir a dureza das forças do mercado para prevenir a pobreza, ajudar a manter as receitas e garantir um acesso adequado aos serviços sociais e médicos”⁴¹.

Muitos países discutem a estrutura, impacto, qualidade e eficácia dos sistemas de proteção social. Segundo alguns, tais sistemas diminuem o crescimento e reduzem a competitividade e o emprego, freando o progresso econômico. Sendo que, nos países em desenvolvimento, a proteção social atinge apenas uma minoria e de maneira insatisfatória.

Ora, em um mundo cercado por exclusão social, é necessário aumentar e melhorar a proteção social em vez de restringi-la. Por sua vez, é verdade que a proteção social deve adequar-se às atuais necessidades; conforme os recursos e circunstâncias, cada país deverá fixar suas prioridades. Não obstante, ressalte-se que “independentemente de onde se viva, todos necessitam de um nível mínimo

39 Tradução livre de: “La pobreza no es sólo una cuestión de ingresos, sino también de derechos y capacidades”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 89, 2001.

40 Tradução livre de: “Con el trabajo decente se busca mejorar la calidad de la vida de la gente, lo que se refiere no sólo a su nivel de ingresos y de consumo, sino también a la capacidad para realizar sus aspiraciones”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 89, 2001.

41 Tradução livre de: “Uno de sus objetivos fundamentales ha sido reprimir la dureza de las fuerzas del mercado para prevenir la pobreza, contribuir a mantener los ingresos y garantizar un acceso adecuado a los servicios sociales y médicos”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

de proteção social e de garantia de recursos, conforme a capacidade e o grau de desenvolvimento de sua sociedade⁷⁴².

Como o sistema de proteção social visa tutelar pessoas que não podem participar do mercado de trabalho, tais políticas devem ser complementares à política de geração de empregos. Um país que oferece proteção social adequada reduz o desemprego, o que reduzirá os custos da proteção social. E mais, a atual tendente flexibilidade no mercado de trabalho somente será produtiva e eficaz se houver um sistema de seguridade. Ambas devem caminhar juntas. Nesse sentido, a saúde e segurança no trabalho são focos centrais.

Por fim, diálogo social é a promoção de um espaço para negociação amplo e seguro entre trabalhadores e tomadores de serviços. Este elemento pressupõe a proteção da liberdade sindical e de associação dos empregados, depende da participação dos “representados”. Tal modalidade de negociação contribui para a resolução de conflitos e para a justiça social. Possibilita a defesa dos direitos, a promoção do emprego e o trabalho seguro.

A estrutura tripartida da OIT é um exemplo de como o diálogo social pode gerar grandes avanços e alcançar um consenso. Não obstante, em muitos países, a liberdade sindical é limitada e, em outros, a filiação é muito baixa, além de que, muitas empresas abandonaram a negociação coletiva. “Com o diálogo, os interlocutores sociais podem fortalecer uma gestão democrática, ao criar instituições do mercado de trabalho fortes e flexíveis que contribuam a uma paz e uma estabilidade social e econômica duradouras⁷⁴³”.

Apesar da consulta e da negociação demandarem tempo e grandes esforços, o diálogo social é um poderoso instrumento para a resolução de problemas difíceis e para fomentar a coesão social. No entanto, em um mundo marcado pela globalização, os sindicatos precisam adquirir novos conhecimentos – para que, além de salários e proteção social, possam discutir sobre produtividade e competitividade, resguardando melhor o interesse de seus associados – e ultrapassar as fronteiras setoriais ou nacionais.

Incumbe ao Estado a importante missão de facilitar e promover todas as formas de diálogo social. Tem que criar um ambiente acolhedor, no qual

42 Tradução livre de: “Independientemente de donde viva, todo el mundo necesita un nivel mínimo de protección social y de garantía de los ingresos, determinado por la capacidad y el grado de desarrollo de su sociedad”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

43 Tradução livre de: “Con el diálogo, los interlocutores sociales pueden fortalecer, además, una gobernanación democrática, al crear unas instituciones del mercado de trabajo vigorosas y flexibles que contribuyan a una paz y una estabilidad social y económica duraderas”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

é dada e valorizada a contribuição dos empregadores, trabalhadores e outras categorias sociais. Para isso, é indispensável respeitar a liberdade sindical e de associação e facilitar a negociação coletiva⁴⁴.

Nessa busca, três pontos são relevantes: o aumento na representação das organizações, o melhoramento no fornecimento de serviços aos seus integrantes e o fortalecimento das instituições dentro do diálogo social.

4.1 – Problemas e perspectivas

Para que este programa torne-se efetivo, algumas questões devem ser respondidas: se é economicamente viável (dadas as necessidades de Governo e empregadores); se pode ser utilizado universalmente (dadas as diversas diferenças entre os países); se, sendo uma matéria de políticas, pode ser coerente (uma vez que existem muitos interesses conflitantes envolvidos); e, se é um objetivo viável em uma ordem econômica globalizada.

Quanto à discussão econômica, apesar dos avanços na concretização do trabalho decente terem um custo, o trabalho realizado nessas condições agrega na economia e é rentável. O trabalho decente é um objetivo do direito, mas pode ter efeitos positivos sobre a produtividade e sobre o crescimento econômico.

A maioria dos empregadores pensa que uma proteção maior aos trabalhadores aumenta seus custos, reduz sua competitividade e limita sua faculdade de criar postos de trabalho e apenas uma minoria adota princípios globais como a não discriminação e a eliminação do trabalho infantil – sendo que outras normas de trabalho são ainda menos cumpridas. No entanto, “uma população mais sadia, mais instruída e mais qualificada é o meio mais seguro para aumentar a produtividade e o nível de vida”⁴⁵.

Os princípios do trabalho decente têm efeito positivo sobre a produtividade, as atitudes e a motivação dos trabalhadores – aumentando a satisfação dos clientes e as vendas. Quando a concorrência pressiona as empresas, elas podem reagir reduzindo custos (incluindo trabalhistas) ou melhorar a qualificação, as condições de trabalho e a satisfação do trabalhador (aumentando a produtividade e a competitividade).

44 Tradução livre de: “Incumbe al Estado una misión importante en lo tocante a facilitar y promover todas las formas de diálogo social. Tiene que crear un ambiente acogedor, en el cual se solicite y aprecie la aportación de los empleadores, de los trabajadores y de otras categorías sociales. Para ello es indispensable respetar el principio de la libertad sindical y de asociación, y facilitar la negociación colectiva”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

45 Tradução livre de: “Una población más sana, más instruida y más calificada es el medio más seguro para elevar la productividad y el nivel de vida”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

DOCTRINA

Mesmo assim, algumas vezes surgem conflitos. Nesse caso, é necessário equilibrar os diferentes interesses e obter um consenso mediante o diálogo social. Não se pode ignorar a situação econômica das empresas, no entanto, ainda em situações difíceis ou de reestruturação, o trabalho decente é possível.

No que tange à sua universalidade, em um mundo com grandes disparidades entre os países, não se espera que existam as mesmas condições de trabalho. No entanto, é possível que cada país, dentro de suas possibilidades e com apoio da comunidade internacional, fixe seus próprios objetivos para reduzir o déficit de trabalho decente. Na medida em que os países avancem, ocorre a ampliação dessa proteção.

“Todas as sociedades têm sua própria ideia do que seja um trabalho decente, porém, a qualidade do emprego pode querer dizer muitas coisas”⁴⁶. O trabalho digno é um mínimo e não o topo. Mesmo tendo por base os princípios e direitos fundamentais no trabalho, não deixa de refletir as circunstâncias particulares de cada país. Sendo assim, suas metas vão evoluindo na medida em que vão se transformando as possibilidades, circunstâncias e prioridades em cada sociedade.

Quanto ao terceiro problema, as pessoas possuem diversas necessidades interligadas ao trabalho, exigindo um enfoque integrado de políticas. Além de relacionar diversos aspectos do trabalho decente, essas políticas devem envolver a questão social e a econômica, quer em âmbito local, nacional ou mundial. Até porque, todas as políticas que buscam o trabalho decente têm objetivos mais amplos, reforçando-se mutuamente. Isso fica provado quando os países que têm conseguido bons resultados na efetivação do trabalho decente também têm obtido bons resultados em outras políticas relacionadas.

O último problema consiste em que a atuação das empresas transcende fronteiras. Apesar de existir quem defenda que a economia globalizada é um universo sem fronteiras e que os Estados não possuem poder efetivo sobre isso, a regulação comercial e de capital existe – a dimensão social é que é débil. Por isso deve ser dada especial atenção às multinacionais. O papel dos Estados é mais importante do que nunca, mas depende de uma coordenação internacional – eis a importância da OIT.

Apesar de todas as mudanças que ocorreram na sociedade e nas formas de trabalho, a importância do trabalho não mudou. As pessoas continuam buscando

46 Tradução livre de: “Todas las sociedades tienen su propia idea de lo que es un trabajo decente, pero la calidad del empleo puede querer decir muchas cosas”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

uma oportunidade de prosperar por esforço próprio. O trabalho é expressão dos talentos humanos, meio de contribuição para o bem-estar comum e um modo de participar da comunidade.

Nem Bretton Woods nem as políticas de combate a pobreza terão sucesso se não envolverem os pilares do trabalho decente. Se, por um lado, a segurança perfeita não é possível e a proteção excessiva pode prejudicar a iniciativa e a responsabilidade, por outro, um nível básico de segurança é possível e necessário para a justiça social, a dinâmica econômica e para a expansão das capacidades individuais.

Sabendo-se que o trabalho tem grande importância para qualquer pessoa, em qualquer lugar, e que existe um enorme déficit de trabalho decente (fruto da desigualdade social), sem a redução de tal déficit não será alcançado um desenvolvimento justo. O trabalho decente pode ser expresso como a passagem da subsistência para a existência. É um meio de se garantir a dignidade humana. É, assim, além de via para a redução da pobreza, um meio de se conferir legitimidade para a economia global.

5 – EFEITOS DO RECONHECIMENTO

A consolidação do entendimento sobre o direito ao trabalho, sua dignidade, bem como a estruturação do Trabalho Decente (conforme conceituado pela OIT) trazem uma série de consequências, em especial no que tange aos deveres de proteção do Estado. De forma sucinta, podem ser indicados alguns deles.

De início, estes direitos ficam assegurados pelo princípio da vedação do retrocesso dos direitos sociais. Conforme esclarecido inicialmente pela doutrina alemã, os direitos sociais devem receber uma tutela progressiva. Isto é, à medida que as circunstâncias gerais disponíveis do Estado avançarem, os direitos sociais devem receber maior tutela – sendo terminantemente proibido seu retrocesso.

Nesse sentido, a dignidade no trabalho deve ser averiguada dentro das possibilidades fáticas disponíveis, mas nunca de forma aviltante às necessidades mínimas do trabalhador (salário-mínimo condizente, descanso, limite à jornada de trabalho, limite de trabalho com a garantia da previdência e o mínimo de liberdade sindical). Sobre isso, Marcos Alves defende que “as consequências sociais da globalização, fora de dúvida, demandavam a afirmação de posicionamentos e ações efetivas, capazes de conter retrocessos”⁷⁴⁷.

47 ALVES, 2010. p. 329.

DOCTRINA

Por outro lado, diversas medidas devem ser tomadas para a ampliação do acesso ao mercado de trabalho e a redução de subempregos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais cita algumas medidas positivas que podem ser tomadas nesse sentido (artigo 6, item 2). Sendo assim, há a imposição para que o Estado organize políticas de acesso ao mercado de trabalho. Isso passa pelo investimento em educação – especialmente técnica e profissionalizante – e incentivo à formalização dos vínculos de subemprego, o que não será fácil, pois é imperioso mudar a forma como são vistas tais políticas.

“É essencial que se reformulem conceitos de ‘desenvolvimento’ e as técnicas das medidas indicadas como capazes de realizá-lo, especialmente nos planejamentos, dando-se ênfase ao ‘excluídos’, (...) que passam a assumir significado social e não meramente contábil, estatístico ou patrimonial.”⁴⁸

É verdade que, à luz de nosso estágio atual de desenvolvimento tecnológico, alguns postos de trabalho não poderão ser reabertos. Contudo, não se deve trabalhar com base em uma teoria do fato consumada. Isto é, o fato de terem sido eliminados determinados postos de trabalho não implica que o Estado e a sociedade estão isentos de fazer algo para recolocar aquela pessoa no mercado de trabalho, ainda que seja para outra posição de trabalho.

Outra influência desses direitos é na implementação de políticas públicas e econômicas. Ora, em todo o contexto econômico em alguns momentos haverá a necessidade de se optar entre determinados valores. Ressalvando a vedação do retrocesso, uma medida econômica poderá acarretar a perda de vagas de trabalho existentes. Nessa situação, a conduta do Estado deve ser levada a cabo considerando o valor primaz e fundamental do acesso ao mercado de trabalho (digno). Crítica semelhante faz Washington Peluso:

“Em nome da estabilização, provoca-se o desemprego, sem se atentar para que a miséria decorrente é imediata e que a vida e a dignidade se destroem gerando atos de violência, verdadeiros genocídios, como resultados de medidas tecnicamente consideradas como ‘salvadoras’.”⁴⁹

Por fim, um conjunto sistemático de políticas públicas deve ser estruturado com fins de garantir e incentivar a dignidade nas relações de trabalho e a plenitude do trabalho decente. Além das diversas já citadas, em especial, o Estado deve centrar esforços no combate ao trabalho infantil, forçado – em

48 SOUZA, 2002. p. 311.

49 SOUZA, 2002. p. 311.

que ocorre violação à liberdade do trabalhador – e ao trabalho degradante – no qual se violam as normas de segurança e medicina do trabalho⁵⁰.

O Diretor-Geral da Organização Internacional do Trabalho citou algumas medidas que podem ser tomadas nesse sentido: a aplicação dos princípios do trabalho decente no mercado informal; a ampliação do acesso dos jovens ao mercado de trabalho; a remoção dos obstáculos ao trabalho decente e o incentivo à melhoria das condições de trabalho nas micro e pequenas empresas; um enfoque equilibrado e integrado de desenvolvimento e crescimento sustentável em uma economia globalizada; a criação programas de incentivo ao trabalho decente; estruturação de estatísticas de acompanhamento da evolução do trabalho decente⁵¹.

6 – CONCLUSÃO

Durante todo este trabalho, buscou-se sustentar como o desenvolvimento econômico e social são faces da mesma moeda, se reforçando e apoiando mutuamente – como refletido nos quatro princípios básicos do trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho. Infelizmente, muitas vezes a realidade entra em conflito com tais aspirações e valores sociais. A realidade laboral contradiz a melhor expressão do trabalho digno.

Discorreu-se sobre a importância do trabalho desde a Revolução Industrial e de um trabalho digno (decente) ante uma sociedade que tende a reduzir a proteção do trabalhador. Afinal, “sem um emprego produtivo é vão pretender alcançar os objetivos de um nível de vida digno, de desenvolvimento social e econômico e de pleno desenvolvimento pessoal”⁵². Nesse contexto, assegurar o acesso ao mercado de trabalho, dada sua essencialidade, deve ser tomado como um direito, especialmente para grupos vulneráveis.

No decorrer desta exposição, demonstrou-se que os princípios fundamentais aplicáveis às atividades laborais consistem na garantia de trabalho, na expansão da proteção social, no fortalecimento da negociação coletiva e na concretização dos direitos aplicáveis ao trabalho, como uma remuneração suficiente, um adequado meio ambiente de trabalho e o combate à discriminação, ao trabalho forçado ou obrigatório e ao trabalho infantil.

50 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego*. São Paulo: Método, 2008. p. 79.

51 CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 89, 2001.

52 Tradução livre de: “Sin un empleo productivo resulta vano pretender alcanzar los objetivos de un nivel de vida digno, del desarrollo social y económico y del pleno desarrollo personal”. Cf. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999.

DOCTRINA

Entretanto, este é um conceito aberto, incluindo outros princípios e direitos – ainda que não reconhecidos. Nesses termos, fica claro que o Trabalho Decente não tem uma solução rápida e nem pode ser implantado por decreto. Mesmo assim, existindo uma definição de trabalho digno (decente), “ao sistema jurídico, político, econômico e social incumbe sua efetivação”⁵³. Em decorrência disso, mesmo em momentos de eventualidades negativas e de crise, é necessário um sistema apto a resguardar os direitos dos trabalhadores.

Por outro lado, como ressaltado, o trabalho decente (e sua proteção) integra o desenvolvimento, sendo, a um só tempo, condição prévia, objetivo e medida de progresso. Por isso mesmo não deve ser considerado como oposto ao crescimento econômico ou à produtividade, e sim como um eficaz auxílio na elevação da competitividade das empresas e garantia de estabilidade macroeconômica.

Enfim, “não há como se conceber o desenvolvimento, em seu mais autêntico sentido, sem que ele represente a melhoria das condições sociais, econômicas e culturais de todas as pessoas”⁵⁴. A Sociedade, o Estado e a Economia têm o dever de dispensar um tratamento diferenciado às relações de trabalho, uma vez que são elementos essenciais e necessários ao desenvolvimento de uma sociedade justa.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Marcos César Amador. Trabalho decente sob a perspectiva dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Análise crítica à teoria das gerações dos direitos humanos. *A leitura*, Belém, vol. 3, n. 5, p. 29-42, nov. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. São José da Costa Rica, 19 de novembro de 1999.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 87, 1999, Genebra. *Memoria del director general*. Genebra: OIT, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

53 ALVES, 2010. p. 335.

54 ALVES, 2010. p. 334.

DOCTRINA

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 89, 2001, Genebra. *Memoria del director general*. Genebra: OIT, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-i-a.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Relação de emprego e relações de trabalho. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social*. São Paulo: LTr, 2010.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego*. São Paulo: Método, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. *(O) direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho*. 1998.

RIBEIRO, Wagner Costa. Globalização e geografia em Milton Santos. In: El ciudadano, la globalización y la geografía. Homenaje a Milton Santos. *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, vol. VI, n. 124, 30 set. 2002. Disponível em: <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-124.htm>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, ano 2, vol. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

_____. (Org.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE DO TEXTO REFORMISTA A PARTIR DO PROCESSO DE RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Vitor Hugo Bueno Fogaça*
Nara Luiza Valente**
Silmara Carneiro e Silva***

1 – INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 traz expressamente a previsão dos direitos sociais, nos arts. 6º ao 11º, e também a obrigação do Estado em garanti-los e concretizá-los, previsão dos arts. 193 a 232. Tais previsões existem para que não haja o risco de que a coletividade não possa usufruir de tais direitos, ou de que eles retrocedam no tempo, ou seja, deixem de assegurar garantias que foram conquistadas pela sociedade no decorrer da história.

Sabe-se que a concretização de direitos sociais implica desafios diversos, envolvendo inúmeras variáveis, sejam elas econômicas, como o orçamento necessário para a implementação de uma política pública específica; ou mesmo políticas e/ou sociais, envolvendo, no primeiro caso, os processos deliberativos dos Poderes Legislativo e Executivo, que passam pela discussão do mínimo

* *Doutorando em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da Faculdade de Telêmaco Borba; advogado.*

** *Mestranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus; graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; advogada.*

*** *Doutora em Serviço Social e Política Social pela Universidade Estadual de Londrina; mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; professora adjunta do Departamento de Serviço Social e do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas na Universidade Estadual de Ponta Grossa.*

existencial e da reserva do possível e, no caso das variáveis sociais, expressando as demandas da sociedade ao Estado em face dos problemas sociais vivenciados.

As variáveis sociais, em contraponto às econômicas, expressam-se no campo da política como resultado das contradições da relação capital e trabalho no capitalismo. Portanto, a conquista e a concretização dos direitos sociais implicam, historicamente, um processo de luta. Conforme assevera Von Ihering (2002) o Direito, no movimento histórico, é resultado de lutas, de combates e de penosos esforços. De outra forma, não haveria necessidade de a sociedade e de o Estado zelarem pelo Direito. Uma vez positivado, estaria dispensada a sua proteção. Entretanto, esta é uma condição necessária para a manutenção das conquistas jurídico-formais, tanto para a sua garantia jurídica estrita, como para a sua concretização na realidade social. Tanto é verdade que o Direito precisa ser protegido para que seja concretizado na realidade que a principiologia jurídica encontra razões nesta finalidade e, um exemplo disso, pode ser constatado no que significa a efetivação do princípio da proibição do retrocesso social.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2015, p. 189) a palavra princípio “traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”. Os princípios traduzem os direitos do homem e os grandes princípios de justiça. Eles impõem ao legislador, à jurisprudência, à administração e aos particulares, a interpretação do direito de acordo com os valores por eles espelhados.

Os princípios têm várias funções: informadora, normativa e interpretativa. A função informadora serve de inspiração ao legislador, fundamentando as normas jurídicas. A função normativa serve como fonte supletiva, em face de lacunas ou omissões das leis. A função interpretativa, por sua vez, irá servir de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei. (MARTINS, 2016, p. 129).

Segundo Venosa (2014, p. 139):

“Recorre-se aos princípios, como também às demais fontes subsidiárias, para que uma questão não fique sem solução. (...) esses princípios não devem ser entendidos com simples enunciados abstratos, mas como normas concretas, tal como as leis e os costumes, ainda que, pelo fato mesmo de serem princípios, não possam ser enunciados mui facilmente. Desse modo, podemos abstrair da nossa legislação contemporânea que

DOCTRINA

a proteção à dignidade humana é um princípio geral e, como tal, deve ser aplicado como norma efetiva e concreta.”

Integrando, portanto, o Direito e vinculado ao cumprimento do princípio da dignidade humana, inscrito no § 1º da Constituição Federal de 1988, o princípio da proibição do retrocesso social contribui decisivamente para que causas e condições sejam favoráveis senão ao avanço do Direito, à sua manutenção *tout court*.

Destarte, por um lado, diz-se que a proibição do retrocesso social tem relação direta com a proteção e promoção de direitos sociais em âmbito interno, recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio a partir do Pacto de São José da Costa Rica, e, por outro, representa ainda a obrigação de progressiva realização e implantação efetiva também em âmbito internacional, por meio, por exemplo, do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (BUHRING, 2015). Depreende, a partir do disposto pela autora, a importância do princípio da proibição do retrocesso social, seja do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais, e/ou direitos de cidadania, como também do ponto de vista dos direitos humanos, dada a sua amplitude e pertinência para o zelo do Direito numa perspectiva democrática e universal.

A proteção do Direito, portanto, depende da disposição dos Estados em firmar pactos jurídicos e políticos capazes de constituir estratégias de proteção e concretização dos direitos conquistados. Ao contrário, não há garantia de avanço real e concreto, ainda que se tenha jurídico-formalmente as previsões necessárias. A sociedade constitui o Direito e o Direito protege os seus membros no sentido de sua conservação enquanto cidadãos de um Estado. Conquanto, há uma relação dialética entre o formal e o real, entre a lei e as contradições da realidade social. Decorre disso que, em conjunturas regressivas, de crise econômica e política, ainda que sob a égide de um Estado Democrático de Direito, as sociedades correm o risco de retrocederem em suas conquistas coletivas, na medida em que o individualismo se sobrepõe às demandas de cidadania. O reformismo do Estado se configura historicamente em uma estratégia propícia, em contextos de crise, no sentido de mudar parte do que está posto, para manter assegurados os pontos centrais dos interesses daqueles que ocupam o poder estatal, e/ou mantém representantes de seus interesses no governo. Partindo destes pressupostos, tem-se que o teor das reformas de Estado revela, portanto, elementos que podem contribuir para a reflexão e análise dos interesses em jogo na correlação de forças sociais, políticas e jurídicas em um determinado contexto e possuem rebatimento direto e indireto na manutenção e perda de direitos na sociedade.

Desta forma, o intuito do presente artigo é o de estudar as motivações que circundaram a reforma trabalhista, bem como em que medida sua implementação representará uma afronta aos princípios norteadores do direito do trabalho, bem como à garantia de não retrocesso social. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de cunho interdisciplinar, que utilizou como aporte metodológico a pesquisa bibliográfica e documental.

Nessa ótica, é oferecida uma análise acerca do direito ao trabalho enquanto um direito social, refletindo-se a respeito dos direitos fundamentais de segunda dimensão; em seguida analisou-se a proibição do retrocesso dos direitos sociais, para então adentrar na seara da reforma trabalhista no Brasil, apontando quais foram os fatores que a motivaram, confrontando essa nova realidade com os princípios que regem a seara laboral e a proibição do retrocesso social – consequências reais a partir da Reforma Trabalhista, ancorada no Projeto de Lei nº 6.787/2016, aprovado em 11 de julho de 2017, e sancionada, por meio da Lei nº 13.467/2017, em 13 de julho de 2017, entrando em vigor em 11 de novembro do mesmo ano.

2 – APORTES TEÓRICOS SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Em uma perspectiva histórica, tem-se que a cidadania é conquistada como resultado de processos de luta empreendidos, em distintos contextos e protagonizados por direitos atores, a depender da correlação de forças em presença. Desse processo, no Estado Moderno, se alcançou um arcabouço jurídico garantidor de um conjunto de direitos aos seus membros. Tais direitos são considerados fundamentais para o alcance de condições para o estabelecimento de vida digna aos indivíduos sociais. No dizer de Covre (2002), uma vida digna representa uma vida em sentido pleno e isso é o que define a cidadania. A conquista histórica dos direitos de cidadania implicou direitos civis, políticos e sociais.

É possível situar a evolução histórica dos direitos fundamentais em três dimensões¹ (BONAVIDES, 2006), sendo tal classificação a mais utilizada e aceita dentre os constitucionalistas brasileiros.

A primeira delas abrange os direitos conquistados nas Revoluções Francesa e Americana, tendo sido os primeiros a serem positivados. Eles eram

1 Paulo Bonavides defende, ainda, a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que teriam sua origem na globalização política e neoliberal. Seriam de quarta dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Esse mesmo autor vem defendendo também uma quinta dimensão de direitos fundamentais que seria o direito à paz mundial. (*Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571)

traduzidos como a autonomia pessoal refratária às expansões do poder, criando ao governo obrigações de não fazer, de não intervir em aspectos da vida pessoal do indivíduo (BRANCO *et al.*, 2009).

Tais garantias referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, de reunião, bem como a inviolabilidade de domicílio. A primeira dimensão de direitos fundamentais é também conhecida como Direitos Civis e Políticos.

A segunda dimensão de direitos diz respeito aos Direitos Sociais:

“Da mesma forma que os de primeira dimensão foram inicialmente objeto de estudos e formulações filosóficas e políticas, que buscavam a afirmação de novas ideologias. Nesse primeiro momento, tais direitos passaram por um ciclo de baixa normatividade e de eficácia duvidosa, na medida em que exigiam do Estado – até então ausente – determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis, tendo em vista a carência ou a limitação de meios e recursos.” (FOGAÇA, 2014, p. 53)

Os direitos fundamentais de segunda dimensão impõem diretrizes, tarefas e deveres que devem ser cumpridos pelo Estado como meio de possibilitar às pessoas melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade, sendo que os direitos de segunda dimensão funcionam como uma alavanca capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a necessária liberdade (MARMELESTEIN, 2011).

De acordo com Couto (2010, p. 35), a ideia dos Direitos Social é a que se segue:

“(…) são exercidos pelo homem por meio da intervenção do Estado, que é quem deve provê-los. É no âmbito do Estado que os homens buscam o cumprimento dos direitos sociais, embora ainda o façam de forma individual. Esses direitos vêm se constituindo desde o século XIX, mas ganharam evidência no século XX. Ancoram-se na ideia de igualdade, que se constitui numa meta a ser alcançada, buscando enfrentar as desigualdades sociais.”

Assim, pode-se afirmar que os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, que possuem titularidade coletiva e caráter positivo, pois exigem atuações do Estado, podendo ser citados como exemplos o direito à saúde, ao trabalho, à educação, à assistência social, dentre outros. Segundo Simões (2013, p. 54):

DOCTRINA

“Os direitos sociais foram instituídos, em decorrência da luta dos trabalhadores, durante os séculos XIX e XX, sob os efeitos do desenvolvimento e da expansão do capitalismo industrial. Os conceitos de liberdade e igualdade passaram a ser questionados em face da supremacia do valor da solidariedade social.”

Com a conquista dos direitos sociais, passou-se a exigir do Estado uma atuação positiva diante dos problemas sociais, uma vez que se legitimou pela via do Direito a necessidade de se intervir no quadro de desigualdade real, o que significou, historicamente, um rompimento com a lógica do Estado Mínimo, próprio da lógica dos direitos de primeira dimensão, que se pautam na liberdade e igualdade formais, como ponto de partida do raciocínio para a análise das relações entre sociedade e Estado.

Finalmente, os direitos fundamentais de terceira dimensão, que são concebidos para a proteção não do homem individualmente, mas sim da coletividade. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural (BRANCO *et al.*, 2009). Enquanto os direitos de segunda dimensão estão atrelados, sobretudo, à desigualdade social decorrente das relações de trabalho na fase do capitalismo industrial, os direitos de terceira dimensão estão para além das relações de trabalho (SIMÕES, 2013). São resultados de um processo de instituição que se universalizou alcançando a defesa do gênero humano.

Pode-se dizer que esses direitos têm seu desenvolvimento atrelado à consciência de que o mundo está subdividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas e que nessa realidade a fraternidade deve ser um valor presente no debate contemporâneo. Dessa forma, é possível afirmar que os direitos fundamentais de terceira dimensão preocupam-se, primordialmente, com a humanidade, de maneira única e indivisível, de modo que envolvem questões comuns a todos os povos, como o equilíbrio ambiental, a paz entre as nações e a redução das desigualdades regionais, a fim de se estabelecer uma noção de desenvolvimento mundialmente aplicável e aceito (MARMELSTEIN, 2011).

No presente estudo, o foco será quanto aos Direitos Sociais e Econômicos, de segunda dimensão, em especial quanto ao direito ao trabalho. Como afirmou Simões (2013) os direitos sociais se relacionam com as relações de trabalho e o direito ao trabalho é central, portanto, nesse conjunto de direitos que representa as conquistas da classe trabalhadora, diante do quadro de desigualdade social resultante do capitalismo em sua fase industrial. Destarte, no Brasil, o conteúdo da Constituição Federal de 1988 demonstra o compromisso do legislador constituinte em construir um Estado Democrático onde o cidadão

seja o real destinatário de todas as manifestações do poder, sendo a promoção e a preservação de sua dignidade os maiores objetivos do novo Estado constitucional instituído.

No Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição de 1988, o legislador brasileiro incluiu os direitos sociais (Capítulo II, arts. 6º a 11), sendo que o seu art. 6º² define, de forma ampla, como direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, ao passo que no art. 7º se concentram os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, num total de 34 incisos (BRASIL, 1988).

Quanto aos direitos sociais, ensinam Dimoulis e Martins (2014, p. 52):

“A categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos ‘sociais’ ou a prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*. (...) A expressão *direitos sociais* se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Mas isso não o torna um direito coletivo. Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não são só individualizáveis; são também, e primordialmente, direitos individuais (dimensão subjetiva).”

O que se percebe é que muito embora esses direitos tenham o intuito de atender demandas individuais dos cidadãos, eles também possuem caráter social, já que o descumprimento de tais garantias gera efeitos para toda a sociedade de modo geral. Assim, nota-se que a efetivação desses direitos sociais é indispensável para o exercício de outros direitos e liberdades fundamentais.

Ao estudar especificamente o Direito do Trabalho, nota-se que a Constituição Federal de 1988 é permeada por uma rede de dispositivos de proteção trabalhista. Esse diploma traz diversos princípios relacionados ao trabalho, sendo que a proteção mais intensa se encontra no art. 7º e seus 34 incisos, somados a seu parágrafo único. Ainda, nos arts. 8º a 11º estão regulados os direitos da classe trabalhadora como um todo. Não são normas detalhistas, já

2 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

que isso acontece em nível infraconstitucional, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e demais normas esparsas.

Ainda, além de proteger os trabalhadores a Constituição de 1988 se preocupa em regular a ordem econômica, como se percebe da leitura do art. 170. Assim, percebe-se o interesse do diploma legal com o viés humano e sua regulação para que seja possível assegurar uma segurança jurídica, seja para classe trabalhadora, quanto para a classe empregadora (MANDALOZZO; GUNTHER, 2014). Delgado (2015), tratando do Direito do Trabalho, afirma que as suas funções e atuação cumprem

“(...) objetivos fortemente sociais, embora tenha também importantes impactos econômicos, culturais e políticos. Trata-se de um segmento jurídico destacadamente teleológico, finalístico, atado à meta de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho na sociedade capitalista.”

Considerando o exposto por Delgado (2015), verifica-se a íntima relação deste segmento jurídico com as relações de classe no capitalismo. A gestão da força de trabalho, no capitalismo, é mediada pelo Estado e, portanto, perpassada pela égide e operosidade das relações jurídicas. Capital e trabalho se reproduzem socialmente, e suas relações, demandas e interesses são regidos juridicamente. De um lado, residem os interesses do empregador, que contrata o trabalho como meio necessário à produção e reprodução do capital. De outro, está o trabalhador que depende do trabalho para sobreviver no âmbito das relações de mercado.

Nota-se que está sempre em jogo a satisfação dos interesses mais imediatos de ambos os lados, quais sejam – a sobrevivência do empregado enquanto trabalhador e o lucro do empregador enquanto investidor. Por um lado, a reprodução humana se põe como demanda e o trabalho como direito social. De outro, a exploração econômica é determinante e o trabalho o meio para a sua conservação dos interesses do mercado. Nesse terreno jurídico, prenhe de contradições de natureza econômica e social, o princípio da proibição do retrocesso social é fundamental para a preservação dos interesses coletivos em face dos individuais e, por suposto, para a proteção do Direito ao Trabalho, enquanto direito social.

Américo Plá Rodriguez (2000, p. 45) apresenta as dimensões do princípio da proteção, alicerce fundante das relações laborais:

“Entendemos que este princípio se expressa sob três formas distintas: a) a regra *in dubio, pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma,

DOCTRINA

aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.”

Ressalta-se, ante o exposto até então, que o Estado não pode assegurar de forma isolada os direitos trabalhistas – e também os direitos sociais, em geral – e, por esta razão, devem existir maneiras democráticas de priorização de tais direitos, de modo que se busque a concretização de mecanismos jurídicos em favor de uma justiça social que garanta o não retrocesso de garantias arduamente conquistadas por meio de um conjunto de lutas no decorrer da história. Conquanto ainda considerando o conjunto de garantias jurídicas, nesse trabalho encontram-se razões para a reflexão em torno do princípio da proibição do retrocesso social, na perspectiva de construir argumentos jurídicos válidos à defesa do Direito ao Trabalho, enquanto um direito social. O princípio da proibição do retrocesso social guarda relações dialéticas com a dinâmica histórica material, em sua natureza e finalidade, sofrendo com suas determinações. Segundo Correia (2015) no que tange à interpretação hermenêutica dos direitos sociais há necessidade de se considerar as determinações da realidade, mas ao mesmo tempo não se pode ser totalmente subserviente a alguns aspectos espúrios dela. Deve-se, no dizer do autor, “(...) apreender os fatos sociais e deles extrair o seu vigor da interpretação/aplicação” (CORREIA, 2015, p. 112). É a partir dessa perspectiva que serão desenvolvidos os itens que se seguem.

3 – O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: ASPECTOS CONCEITUAIS E SUA RELAÇÃO COM A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS

A palavra retrocesso faz referência, de modo genérico, a algo que volta no tempo, retorna ao seu local de origem, recua. No contexto jurídico, retroceder pode significar de perda de direitos, reforma de uma lei, mudança de uma jurisprudência e/ou a utilização de um ou mais instrumentos jurídicos numa perspectiva regressiva, ou seja, uma ou mais ações contrárias à manutenção e/ou avanço das garantias jurídico-formais, seja no campo do direito material como no processual. Ou ainda, poderá significar retorno a uma condição mais benéfica, caso tal ação seja resultante de um contexto de restituição de direitos. Retroceder ao *status quo ante*, portanto, nem sempre é negativo, por vezes

pode representar um progresso. A interpretação dependerá de seu agente e dos interesses e/ou direitos que se estará protegendo. Num contexto de retrocesso, o que poderá ser interpretado como perda, por um, poderá ser compreendido como ganho, por outros. O que está em jogo, portanto, nos diversos casos, é a direção a que se está caminhando e as consequências derivadas do respectivo retrocesso. O conteúdo presente na correlação de forças em presença nos diferentes contextos definirá se o retrocesso será de caráter regressivo e/ou progressivo. Sarlet (2015, p. 454):

“(...) cada vez mais contata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chega a ter caráter propriamente retroativo, (...). Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos.”

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que sua finalidade é a paz social, ao se retroceder em aspectos protetivos no que diz respeito à garantia de direitos civis, políticos e ou sociais, portanto, se estará retroagindo num sentido negativo, precarizando-se, nesse processo, a tutela dos direitos fundamentais, condição necessária para a efetivação do princípio da dignidade humana. Ao contrário, quando o Direito é tomado como estrito mecanismo de dominação, em favor da legitimação da expropriação humana, no capitalismo, via de regra, o manejo dos direitos sociais se torna ferramenta a serviço da reprodução ampliada do capital. Nesse caso, tanto o retrocesso no campo dos direitos sociais e/ou em outras dimensões protetivas de interesses coletivos torna-se ferramenta propícia em favor da garantia da afirmação de interesses individuais, em detrimento do bem comum. É diante dessa lógica que segue a relevância do princípio da proibição do retrocesso para que em tempos de crise do Estado de Direito, não se percam as garantias jurídicas conquistadas historicamente pela sociedade, em busca do bem-estar da coletividade. A segurança jurídica é, portanto, um princípio fundamental que alicerça o Estado de Direito (SARLET, 2015).

No que se refere aos direitos sociais, retroceder socialmente implica consequências negativas ao estabelecimento da paz social. O que significa retroceder nas causas e condições para o alcance da finalidade do próprio Direito. De acordo com Sarlet (2009), num sentido amplo, a proibição do retrocesso social significa a proteção de direitos fundamentais, de toda e qualquer forma, em face de medidas tomadas pelo poder público – destaca-se aqui ações positivas ou negativas do legislador ou do administrador que visem suprimir ou restringir direitos fundamentais (incluindo-se os sociais).

Muito embora não exista a previsão expressa da “proibição do retrocesso” na Constituição Federal de 1988, essa noção já foi, em maior ou menor medida,

recepcionada pelo constitucionalismo latino-americano. Diz-se isso uma vez que, ao mesmo tempo em que a vedação ao retrocesso é entendida como um princípio implícito, guardando relação com a proteção e promoção dos direitos sociais em âmbito interno, é evidente também sua conexão com normas internacionais das quais o Brasil é signatário, a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Sociais e o Pacto de São José da Costa Rica, que preveem o dever de progressiva realização, em âmbito internacional da ampliação de uma cidadania inclusiva (BUHRING, 2015).

Defender, portanto, a proibição do retrocesso social extravasa a luta pelos direitos de cidadania; implica a defesa dos direitos humanos, para além dos direitos fundamentais. Conquanto, no âmbito interno dos Estados, tem relação com a defesa do Estado de Direito, uma vez que encontra âncora na questão da segurança jurídica dos atos do Poder Público.

Nessa perspectiva, o princípio da proibição do retrocesso social vem a calhar na seara dos direitos sociais, principalmente do que diz respeito à garantia das prestações positivas do Estado de Direito. Este princípio está vinculado à defesa do Estado Social. Ou seja, vincula-se à garantia de que a correlação de forças em disputa no âmbito das instituições do Estado não coloque em risco a sua estabilidade jurídica, no que concerne aos direitos sociais, que são fundamentais para a dignidade humana. Nessa circunstância, se concebe o princípio da proibição do retrocesso, como uma imposição ao Estado, de não agir em favor da desregulamentação e/ou flexibilização dos direitos sociais. Neste sentido, o mesmo remonta a uma forma de prestação negativa, de não ação do Estado pela supressão ou diminuição de direitos a prestações sociais.

Ressalta-se ainda que a proibição de retrocesso, embora esteja correlacionada com a segurança jurídica e com o princípio da dignidade humana, não se confunde com essas. Não é correto, ainda, dizer que a proibição de retrocesso tem uma característica meramente instrumental. Isso quer dizer que, ao se entender que o reconhecimento da proibição de retrocesso não protege apenas a dignidade humana e o mínimo existencial, diz-se que o próprio entendimento de segurança jurídica, a partir de um diploma constitucional que consagra os direitos sociais, não pode se ater tão somente às figuras tradicionais de tutela dos direitos adquiridos ou da irretroatividade de certas ações dos poderes públicos (SARLET, 2009). Mais que isso, exige-se que a aplicação da proibição de retrocesso seja realizada em sintonia com a tutela plena e promoção efetiva dos direitos fundamentais, especificamente neste estudo, dos direitos sociais:

“Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão

ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana. Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes.” (SARLET, 2009, p. 126)

Barroso (2001) afirma que a partir do momento em que uma lei regulamenta um mandamento constitucional, de modo que institua determinado direito, este é incorporado ao patrimônio jurídico da sociedade e de seus componentes, fazendo parte do conceito de cidadania, sendo absolutamente negada a possibilidade de seu tolhimento. O que se percebe é que a proibição do retrocesso, no campo dos direitos sociais, mesmo não estando expresso no conjunto normativo, decorre da totalidade do sistema jurídico constitucional.

Nessa perspectiva, tem-se que a proibição de retrocesso vigora numa ordem democrática como forma de se evitar, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, que o legislador infraconstitucional tenha em suas mãos a possibilidade de negar no todo ou em partes o conceito principal contido numa norma constitucional que visa garantir esses direitos que foram conquistados mediante lutas, no decorrer da história, pela sociedade. Por conseguinte, Sarlet (2009) descreve o contexto em que se insere a proibição de retrocesso, citando exemplos práticos e aproximando o tema do cenário trabalhista:

“De outra parte, segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional. Especialmente tendo em conta a instabilidade econômica que se verifica em escala global, assim como em virtude dos efeitos perversos da globalização, em particular no plano econômico, não se pode simplesmente negligenciar a relevância do reconhecimento de uma proibição de retrocesso como

categoria jurídico-constitucional, ainda mais quando a expressiva maioria das reformas não dispensa mudanças no plano das políticas públicas e da legislação. Com efeito, dentre os diversos efeitos perversos da crise e da globalização econômica (embora não se possa imputar à globalização todas as mazelas vivenciadas na esfera social e econômica), *situa-se a disseminação de políticas de flexibilização e até mesmo supressão de garantias dos trabalhadores (sem falar no crescimento dos níveis de desemprego e índices de subemprego)*, redução dos níveis de prestação social, aumento desproporcional de contribuições sociais por parte dos participantes do sistema de proteção social, incremento da exclusão social e das desigualdades, entre outros aspectos que poderiam ser mencionados.” (SARLET, 2009, p. 121) (grifou-se)

Deste modo, a partir do exposto até o momento, nota-se que o princípio da proibição do retrocesso está implicitamente inserido na Constituição Cidadã, e que, a partir do momento em que o diploma constitucional prevê determinado direito como fundamental, inserindo-se aqui os direitos sociais, esse não pode ser suprimido ou restringido inadequadamente, sob pena de causar um retrocesso a partir de sua aplicação, tolhendo conquistas sociais, o que significa intensificar processos de exclusão e desigualdades sociais, mediante o encolhimento das prestações positivas estatais. Assim, é função de tal princípio servir como limite ao administrador ou ao legislador, de modo que estes, ao interpretarem ou ao modificarem leis, não determinem um retrocesso em áreas juridicamente protegidas pelo direito fundamental discutido.

É a partir desse entendimento que o próximo item se desenvolve, analisando-se estes processos no campo do Direito do Trabalho, com enfoque particular na reforma trabalhista brasileira, ocorrida em 2017, que com a sua vigência no dia 11 de novembro do mesmo ano, fez vigorar no país atos de pleno desrespeito ao princípio ora analisado – o de proibição do retrocesso social.

Nesse caso, o retrocesso social é consequência fática evidente, desde uma análise hermenêutica histórica e sociológica, examinando-se o modo como as alterações propostas pelo Projeto de Lei nº 6.787/2016, aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pela Presidência da República, tolheram direitos garantidos aos trabalhadores pela Constituição Federal de 1988 e pelos institutos jurídicos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Retrocedeu-se em determinados institutos deste ramo do Direito a condições históricas de trabalho anteriores à emergência dos direitos sociais no Brasil, o que significa a impressão de uma reforma regressiva e incoerente com o conjunto de princípios que regem e dão estabilidade a um Estado Democrático de

Direito e evidenciam o manejo do Estado de Direito, em favor dos interesses da reprodução ampliada do capital no país.

4 – REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS LEGISLATIVOS E DE SUA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

As reformas trabalhistas são medidas político-administrativas que tendem a flexibilizar e ou desregular o ordenamento jurídico no ramo do Direito do Trabalho. Tais processos de flexibilização ou desregulamentação têm como objetivo primordial diminuir o ônus financeiro direto para o empregador ou contratante em detrimento da garantia de direitos do trabalhador até então tutelados pela legislação laboral.

Para Bresciani (1997), dentre os vários aspectos que acompanham a chamada “reestruturação produtiva”, em meio às mais variadas crises contemporâneas que envolvem os “mundos do trabalho” nos mais variados países, a “flexibilidade” legislativo-laboral ocupa importante espaço:

“Além de associado à ‘desregulamentação’, em termos de sua trajetória mais recente, o debate sobre a flexibilidade é intimamente vinculado à reestruturação produtiva, bem como às características atribuídas ao chamado ‘modelo japonês’ ou ‘toyotista’ de organização e gestão da produção.” (BRESCIANI, 1997, p. 89)

A necessidade de ser flexível está relacionada a uma alegada situação de crise. A cada situação de crise, as empresas, baseadas em um novo modelo legislativo, reestruturam-se e mudam a natureza do processo de destruição e criação de empregos. Em nível brasileiro, as reestruturações produtivas perpetradas pela reforma trabalhista poderão apresentar implicações significativas sobre o nível de proteção social alcançado pelos trabalhadores brasileiros.

Nas últimas décadas do século XX, a agenda de liberalização econômica e a crise do Estado Social foram os determinantes econômico-políticos estruturais que levaram os países a adotar medidas condizentes com o modelo de reestruturação no mundo do trabalho adotado pelo mercado capitalista. Este modelo impôs a flexibilização das relações trabalhistas e a conseqüente desregulamentação dos direitos de proteção ao trabalho e aos trabalhadores. A precarização do mundo do trabalho foi a conseqüência social mais imediata deste contexto, somada a cenários de maior exclusão social e aumento das desigualdades e culminou, no campo trabalhista, na chamada quarta fase de crise e transição do Direito do Trabalho, cujo marco inicial nos países ocidentais se desenvolveu nos anos de 1979/1980 (DELGADO, 2015). Diante deste quadro, o ramo do

trabalho transitou de uma perspectiva clássica de proteção do direito ao trabalho associada à atuação do Estado na economia, para uma fase de minimização do Estado no campo do social, resultando em retrocessos na proteção deste ramo do Direito. O mundo do trabalho passou a ser flexibilizado, de modo que as relações de trabalho, cada vez mais, se tornam precárias e desprotegidas.

No Brasil, principalmente a partir da década de 1990, o ramo trabalhista passou a ser reformado neste sentido de sua precarização. Houve, portanto, o encolhimento do arcabouço jurídico de cunho protetivo no país. Desde as reformas trabalhistas do governo FHC, perpassando por modificações legislativas no governo Dilma, à última reforma aprovada no governo de Michel Temer são exemplos do processo de desmonte pelo qual passa o Direito ao Trabalho, no Brasil. O fenômeno da terceirização, diante deste contexto, apenas um dos resultados desse processo que se constitui uma face do desmonte dos Estados Sociais, mediante a imposição de um rearranjo institucional global que se encontra em franca expansão nos países periféricos em favor da lógica macroeconômica do capital e da afirmação dos interesses dos países hegemônicos e do capital financeiro internacional que se constitui consequência do novo padrão mundial de acumulação – o chamado de padrão de acumulação flexível (ANTUNES, 2015).

O Brasil tendeu historicamente a adotar um padrão de normatização mitigador de Direitos Coletivos, tendência que sofreu reversão com a Constituição Federal de 1988. Conquanto, embora num contexto de vigência de um Estado Democrático de Direito, as determinações macroeconômicas continuaram impondo a direção do ramo justralhista no Brasil, mantendo as reformas do Direto do Trabalho no país que preservaram elementos da perspectiva privatista. Segundo Delgado (2015, p. 106) o padrão de normatização privatista subordinado se dá quando “(...) a criação e reprodução da norma jurídica faz-se mediante uma dinâmica em que o peso básico é conferido pelos particulares, mas segundo um processo heteronomamente regulamentado pelo Estado”.

O Projeto de Lei nº 6.787/2016, que originou o processo de discussão legislativa sobre a reforma trabalhista, de autoria do Poder Executivo Federal, foi apresentado no dia 23 de dezembro de 2016, com vistas à promoção de uma ampla reforma no Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

No dia 3 de fevereiro de 2017 foi constituída Comissão Especial na Câmara dos Deputados para análise e deliberação acerca da proposta normativa, sendo designado como relator da Comissão o Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN). No dia 12 de abril de 2017 foi apresentado pelo relator parecer pela

constitucionalidade, pela juridicidade e pela boa técnica legislativa do Projeto de Lei. A redação final do Projeto foi aprovada na Câmara dos Deputados em 26 de abril de 2017, sendo remetida para o Senado Federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

O Projeto de Lei foi recebido e lido no Plenário do Senado Federal em 2 de maio de 2017. Na sequência, tramitou e foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos, Comissão de Assuntos Sociais e Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, onde foi realizada Audiência Pública no dia 27 de junho de 2017. O Projeto foi aprovado pelo plenário do Senado Federal em 11 de julho do mesmo ano, sendo encaminhado para sanção presidencial (SENADO FEDERAL, 2017).

O Projeto de Lei, aprovado em seu devido processo legislativo, foi sancionado pelo Presidente da República no dia 13 de julho de 2017, sendo publicado no Diário Oficial na União em 14 de julho de 2017, tornando-se norma jurídica (BRASIL, 2017).

O Projeto de Lei trouxe, em sua justificativa, algumas motivações acerca da necessidade da alteração normativa, dando enfoque inicial à questão da negociação coletiva:

“O Brasil vem desde a redemocratização em 1985 evoluindo no diálogo social entre trabalhadores e empregadores. A Constituição Federal de 1988 é um marco nesse processo, ao reconhecer no inciso XXVI do art. 7º as convenções e acordos coletivos de trabalho. O amadurecimento das relações entre capital e trabalho vem se dando com as sucessivas negociações coletivas que ocorrem no ambiente das empresas a cada data-base, ou fora dela. Categorias de trabalhadores como bancários, metalúrgicos e petroleiros, dentre outras, prescindem há muito tempo da atuação do Estado, para promover-lhes o entendimento com as empresas. Contudo, esses pactos laborais vêm tendo a sua autonomia questionada judicialmente, trazendo insegurança jurídica às partes quanto ao que foi negociado. Decisões judiciais vêm, reiteradamente, revendo pactos laborais firmados entre empregadores e trabalhadores, pois não se tem um marco legal claro dos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho.

(...)

Essas discussões demonstram a importância da medida ora proposta de valorização da negociação coletiva, que vem no sentido de garantir o alcance da negociação coletiva e dar segurança ao resultado do que foi pactuado entre trabalhadores e empregadores.” (BRASIL, 2016)

DOCTRINA

Nota-se aqui a plena inversão no significado atribuído à ideia de segurança jurídica, conforme princípios de um Estado Democrático de Direito. Ora, a segurança jurídica encontra razões no Estado, e não ao contrário, como dispõe a exposição de motivos do projeto de lei da reforma. Neste, a judicialização das relações de trabalho é tomada como causa de insegurança das relações entre empregador e empregado, quando pela doutrina justtrabalhista esta medida se dá, exatamente, para salvaguardar o justo equilíbrio contratual, uma vez que no âmbito privado, sem a devida tutela trabalhista estatal, a relação entre empregador e empregado é desigual, sendo o trabalhador o polo mais frágil dessa relação. Decorre disso, notadamente, a tendência desregulamentadora do Direito do Trabalho, adotada pelo projeto de lei e descumpridora das prerrogativas principiológicas que regem o Direito do Trabalho no Brasil.

O princípio da proteção é critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes (RODRIGUEZ, 2000, p. 35).

Desconsiderar a condição hipossuficiente do empregado diante do empregador é legislar pelo recuo do Estado em questões chave resultantes da desigualdade de classe no capitalismo; é negligenciar a realidade de desigualdade material expressa no cotidiano da vida social e limitar o poder de regulamentação do Estado, ao culto do princípio argumentativo liberal clássico, que se refere à igualdade entre os homens enquanto ponto de partida do raciocínio e não como finalidade da ação legisladora. Esta direção é contrária à perspectiva de justiça distributiva, tão cara aos direitos sociais e ao Direito do Trabalho, propriamente dito.

O elevado número de Reclamações Trabalhistas é indicado, no projeto, como uma das motivações da nova normatização:

“No Brasil temos um nível elevado de judicialização das relações do trabalho, o que é retratado pela quantidade de ações trabalhistas que anualmente dão entrada na Justiça do Trabalho. Na grande maioria das ações trabalhistas a demanda reside no pagamento de verbas rescisórias. A falta de canais institucionais de diálogo nas empresas que promovam

DOCTRINA

o entendimento faz com que o trabalhador só venha a reivindicar os seus direitos após o término do contrato de trabalho. Com isso, problemas que poderiam ser facilmente resolvidos no curso do contrato de trabalho vão se acumulando, para serem discutidos apenas ao término do vínculo empregatício, na Justiça do Trabalho.” (BRASIL, 2016)

Segundo Sérgio Pinto Martins (MARTINS, 2016, p. 133) deve-se proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica, constituindo-se em uma forma de justificar desigualdades, de pessoas que estão em situações diferentes. Neste sentido, é legítima a tomada de decisão do trabalhador de judicializar as relações de trabalho, quando estas levam a indícios de que não se respeitou a princiologia justrabalhista.

O Direito do Trabalho se estrutura em seu interior, se estrutura com regras, institutos, princípios e presunções próprias. Uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – é tecida no ordenamento jurídico justrabalhista, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. (LEITE, 2015, p. 201). Segundo Américo Plá Rodriguez (2000, p. 36):

“O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho. Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.”

A atenuação das desigualdades entre empregador e empregado, após a vigência da lei da reforma, resultou cerceada. O acordo coletivo e as convenções são agora prevalentes em face da lei, ainda que não resultem em benefício ao trabalhador. Ou seja, legitimou-se a possibilidade de renúncia de direitos, retrocedendo-se juridicamente também na defesa do princípio da sua irrenunciabilidade, o que se soma à notória condição de retrocesso, desrespeitando-se o princípio da sua proibição. Ao elevar os acordos e convenções acima da lei, compreende-se que há perdas importantes da soberania do Estado de Direito no mercado de trabalho brasileiro, uma vez que sua regulamentação, nestes casos, fica à mercê de particulares.

Finalmente, as motivações do Projeto de Lei buscam uma equiparação da realidade laboral brasileira com países europeus:

“A experiência europeia demonstra a importância da representação laboral na empresa. Países como Alemanha, Espanha, Suécia, França, Portugal e Reino Unido possuem há vários anos as chamadas comissões de empresa ou de fábrica. A maturidade das relações de trabalho em alguns países europeus propicia um ambiente colaborativo entre trabalhador e empresa, resultando na melhoria do nível de produtividade da empresa.” (BRASIL, 2016)

A tomada de posição adotada pelo governo federal nesse projeto se configurou, portanto, de clara intenção retrocessiva, no que concerne à matéria da proteção do Direito ao Trabalho enquanto um direito social, e de franca defesa da abertura do país à hiperexploração mundial da mão de obra dos trabalhadores brasileiros. Comparar o Brasil com a realidade europeia é assumidamente desconsiderar a particularidade econômica e política brasileira, enquanto parte do continente latino-americano subordina-se ao centro, tendo-o como modelo de desenvolvimento, igualando-se aos governos brasileiros datados da época da República Velha. Lima e Lima (2016, p. 09) apresentam as ideias contidas na nova normatização laboral brasileira:

“A verdadeira mudança que a Lei da Reforma almeja é ideológica, sob dois eixos: a) encurtar o manto protetor do Estado sobre o trabalhador; b) dar leveza às relações de trabalho, com as facilidades de negociação direta entre patrões e empregados em um primeiro passo, em outro passo facultando a negociação dos direitos da categoria pelo sindicato. Em seu conjunto, a lei é ostensivamente patronal e padece de falta de legitimidade, visto que levada a efeito por um governo precário.”

O caráter ideológico dos argumentos se destaca no conjunto do texto. A posição patronal é hegemônica e o projeto global que nele se inscreve pauta a lógica de reestruturação do mercado de trabalho mundial, para o qual o Brasil se configura como um país frágil e dependente de suas imposições. As determinações macroeconômicas impõem, decisivamente, a adoção por parte dos Estados do rebaixamento dos níveis de proteção ao trabalho de seus membros para que o mercado internacional possa obter maiores vantagens econômicas quando da decisão de explorar sua mão de obra.

A regra geral é expandir cada vez mais os mercados sem a necessidade do rebaixamento da taxa de lucratividade. Nesse caso, a hiperexploração do trabalho é agenda prioritária. Pode-se dizer que esta agenda foi levada a sé-

rio pelo atual governo brasileiro, que não tardou em preparar o terreno para acomodar, de forma privilegiada, as novas frentes de exploração mundial do trabalho brasileiro.

5 – CONCLUSÃO

Por meio de inúmeras lutas sociais travadas no transcorrer do último século, a sociedade brasileira alcançou não apenas a concretização de um regime democrático, mas, ainda, a plena responsabilidade do Estado pela efetividade de direitos de ordem social. Dentre essas garantias, o direito ao trabalho e suas normatizações mínimas se mostraram, nesses longos anos, como verdadeiros instrumentos de justiça social e de equidade nas relações de trabalho, especialmente com o advento da Constituição de 1988 e com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho ou seu processo de modernização.

Cumulado a isso, inspirado na ordem internacional, o Brasil recebeu a máxima de proibição de retrocesso social, segundo a qual nenhuma legislação que garanta direitos de segunda dimensão poderá ser alterada com vistas à sua limitação ou diminuição, criando, em verdade, um dever estatal de progresso.

Ocorre que, em total descompasso com esse cenário de históricas lutas e conquistas de direitos sociais, promulgou-se no Brasil, no ano de 2017, a chamada Reforma Trabalhista, que, como já apresentada, buscou criar um novo cenário para o exercício das relações de trabalho entre empregados e empregadores. Conforme demonstrado, a nova normatização não apenas violou a principiologia básica do direito laboral, mas acabou também por retroceder a ordem jurídica brasileira no que tange à proteção da parte hipossuficiente na relação de trabalho: o trabalhador.

Dessa forma, é possível concluir que com a implantação da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) os direitos conquistados a partir de históricas lutas sociais foram tolhidos, contrariando expressamente a vedação do retrocesso social, o que põe em xeque o princípio da segurança jurídica do Estado Democrático de Direito brasileiro e vulnerabiliza os trabalhadores brasileiros que se distanciam da proteção jurídica necessária aos avanços condignos a uma perspectiva de cidadania plena.

Como resistência a esse processo flexibilizador e desregulamentador, espera-se uma ação proativa de magistrados por meio de um processo efetivo de controle de constitucionalidade, bem como uma atuação contundente das grandes centrais sindicais do país e de seus trabalhadores, ao passo que a luta

social parece ter se tornado como uma das poucas alternativas de progresso no Brasil pós-2017.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, R. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 6.787, de 23 de dezembro de 2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, DF, 23 dez. 2016.

BRESCIANI, L. P. Flexibilidade e reestruturação: o trabalho na encruzilhada. *São Paulo em Perspectiva*, v. 1, n. 1, jan./mar, 1997.

BUHRING, Márcia Andrea. Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão. *Direito e Justiça*. v. 41, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/18175/12667>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL nº 6.787/2016 – Reforma Trabalhista*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

COUTO, B. R. *O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?* 4. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

CORREIA, M. O. G. C. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. B. *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno. *O diálogo social no Supremo Tribunal Federal e a efetivação do direito à saúde via Poder Judiciário: vozes da audiência pública*. 2014, 1 vol., Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) – Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2014.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proibição do retrocesso social e sua função protetora dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminario-nacionaldedimensoes/article/view/906/521>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

DOCTRINA

- IHERING, R. V. *A luta pelo direito*. São Paulo: Centauro, 2002.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. *Reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016.
- MANDALOZZO, S. S. N.; GUNTHER, Luiz Eduardo. Proteção trabalhista no Brasil. In: SILVA, Lenir Aparecida Mainardes; MANDALOZZO, Silvana Souza Neto; MENDES, Jussara Maria Rosa. *Trabalho e proteção social*. Ponta Grossa: Estúdio Texto, 2014.
- MARMELSTEIN, G. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PRETTI, G. *Comentários à lei sobre a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.
- RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 3, Brasília, 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2017.
- SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 – Reforma Trabalhista*. Brasília: Senado Federal, 2017.
- SILVA, Homero Batista da. *Comentário à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017.
- SIMÕES, C. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Cortez, 2013.
- VENOSA, S. de S. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2014.

A NOVA PETIÇÃO INICIAL TRABALHISTA

André Araújo Molina

1 – INTRODUÇÃO

Desde a vigência da Lei nº 13.467, de 2017, também intitulada de reforma trabalhista, os requisitos para a elaboração das petições iniciais no processo do trabalho foram ampliados, seguindo-se a linha evolutiva de maior exigência de refinamento técnico, que teve início com a Lei nº 5.584, de 1970, e o procedimento sumário ou de alçada, posteriormente com o advento do procedimento sumaríssimo e a necessidade de liquidação dos pedidos, introduzido pela Lei nº 9.957, de 2000, culminando com a redação do art. 840, § 1º, da CLT, a qual exige a especificação dos pedidos que agora devem ser certos, determinados e com a indicação dos seus respectivos valores.

Com a exigência de maior rigor técnico, fatalmente aumentará, ao menos em um primeiro momento, o volume de petições iniciais com vícios de inapetência, de modo que reclamará dos atores processuais a rediscussão a respeito do cabimento do instituto da emenda à inicial no processo do trabalho, por aplicação supletiva e subsidiária do processo civil, depois exigirá a definição do prazo e da forma para a emenda, redundando, inclusive, em julgamentos antecipados de extinção dos feitos, caso a ordem de correção não seja atendida, na forma do art. 840, § 3º, da CLT c/c o art. 321 do CPC.

O principal argumento dos que interpretam com resistência as inovações processuais trabalhistas quanto às iniciais é o de que, em regra, o trabalhador não tem acesso a todos os documentos contratuais, indispensáveis para que o advogado possa elaborar uma exordial mais refinada, para cujo problema prático analisaremos a existência dos novos instrumentos previstos no CPC, que poderão ser acolhidos pelo processo do trabalho para buscar uma nova solução prática para esse antigo problema.

* *Professor titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT); doutor em Filosofia do Direito (PUC/SP); mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP); especialista em Direito Processual Civil (UCB/RJ) e em Direito do Trabalho (UCB/RJ); bacharel em Direito (UFMT); juiz do trabalho titular na 23ª Região.*

A maior formalização da exordial trabalhista também convoca os juristas especializados a rediscutirem e a reconfigurarem o princípio da congruência para o processo do trabalho, na medida em que a exigência de pedidos mais específicos e delimitados fornecerá uma moldura mais estreita para a atividade criativa dos juízes, quando dos momentos processuais de prolatarem as suas decisões.

São esses os objetivos principais do presente artigo, tencionando mostrar uma nova realidade processual que foi imposta pela novel legislação especializada, impactando profundamente na jurisprudência consagrada, exigindo a sua revisão e convidando todos os atores trabalhistas a evoluírem a partir dos novos paradigmas legislativos, com os olhos esperançosos voltados ao futuro da nossa disciplina.

2 – OS REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL TRABALHISTA

O CPC de 1939 previa em seu art. 158 que a petição inicial do processo civil e comercial deveria ser escrita, indicando o juiz a quem dirigida, com a correta qualificação das partes; deveria constar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu pudesse preparar a sua defesa; deveria conter o pedido, com as suas especificações, além do valor da causa, correspondente à soma dos valores atribuídos aos pleitos¹.

Consoante se verifica da codificação processual comum, sempre houve exigência para que o autor da ação expusesse os fundamentos jurídicos do pedido, de modo claro e preciso, e que o pedido tivesse as suas especificações definidas, afastando aspectos de informalidade deste ramo processual, o que estava afinado com os paradigmas doutrinários da época, de autonomia do direito processual frente ao direito material e da sua afirmação como ciência jurídica.

Nesse contexto de nascimento da teoria geral do processo brasileira, que teve o Código de 1939 como o seu baluarte, a Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, optando por um caminho diferente em relação aos requisitos da petição inicial, visto que, na redação originária do art. 840 da CLT, facultava-se ao autor que a exordial fosse escrita ou verbal, quando seria reduzida a termo por um servidor públi-

1 “Art. 158. A ação terá início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, serão indicados: I – o juiz a quem é dirigida; II – o nome e o prenome, a residência ou domicílio, a profissão, a naturalidade e o estado civil do autor e do réu; III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa; IV – o pedido, com as suas especificações; V – os meios de prova com que o autor pretende demonstrar verdade do alegado; VI – o requerimento para a citação do réu; VII – o valor da causa.”

co, mas, sendo escrita, deveria conter a designação do Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento, a qualificação das partes, uma breve exposição dos fatos, o pedido, a data e a assinatura, não se cogitando de nenhuma exigência quanto aos fundamentos jurídicos do pedido, nem da necessidade de especificação destes, que poderiam ser feitos de forma genérica, e sequer se exigia a atribuição de valor à causa².

Constata-se que ambas as regras processuais acenavam para direções bem distintas, sendo a primeira mais formal e rigorosa, e a regra especializada de modo bastante instrumental, flexível e simples, do que derivou a construção de uma doutrina e uma jurisprudência trabalhistas clássicas no sentido de que a petição inicial especializada era iluminada pelo princípio da simplicidade das formas e de que as regras processuais comuns não seriam aplicadas ao processo do trabalho, quanto ao tema dos requisitos da petição inicial, para não contaminá-lo e formalizá-lo em excesso, o que se justificaria, naquela quadra da história, principalmente pela origem administrativa da Justiça do Trabalho e a utilização amiúde do *ius postulandi*.

Enquanto o processo comum guiava-se pela teoria da substanciação da causa de pedir, com a exigência de exposição dos fatos bem delimitados e dos fundamentos jurídicos dos pedidos, criando amarras justas para a atuação judicial, o processo trabalhista originário seguia a teoria da individuação, que exigia apenas uma narração mais superficial dos fatos e dispensava a qualificação jurídica, dando margem ampla de atuação ao magistrado, que poderia, como os pretores romanos (*dabo mihi factum, dabo tibi jus* – princípio do *iura novit curia*), realizar a sua tarefa de enquadramento com maior liberdade e amplitude³.

Tais interpretações incentivaram a jurisprudência trabalhista a admitir que dificilmente a petição inicial fosse considerada inepta, somente incidindo a mácula nos casos pontuais em que não houvesse possibilidade de defesa e

2 “Art. 840. A reclamação poderá ser escrita ou verbal. § 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante. § 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em 2 (duas) vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no parágrafo anterior.”

3 Exemplificativamente: “PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. A condenação subsidiária do recorrente pelos haveres trabalhistas reconhecidos a favor do autor, na forma do item IV do Enunciado nº 331/TST, ainda que a inicial pleiteie a condenação solidária dos reclamados, não implicou em julgamento extra petita. Ao julgador cabe o correto enquadramento jurídico dos fatos e a aplicação do direito ao caso concreto (*iura novit curia*)” (TST, 3ª Turma, RR 0423605-21.1998.5.02.5555, Rel. Juiz Conv. Carlos Francisco Berardo, DJ 09.11.01). Em idêntico sentido: TST, 4ª Turma, RR 0367003-22.1997.5.10.5555, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 19.04.02.

juízo de mérito⁴⁵, cujo mais bem acabado exemplo da desnecessidade de identificação e da delimitação do pedido se deu com a Súmula nº 293 do TST⁶, admitindo que o juiz condenasse o réu no adicional de insalubridade oriundo de agente danoso diverso e não alegado na peça inicial, por isso, logicamente, não debatido na contestação, sobre o qual não houve produção de provas documentais (como o fornecimento de EPI específico, etc.) e tampouco houve a formulação de quesitos ao perito, tendo o técnico nomeado, depois de verificar que o agente apontado na inicial não estava presente no local de trabalho, continuado a vasculhar o ambiente e encontrado outro agente, que veio aos autos somente no laudo pericial, já na fase final da instrução processual, sendo, então, considerado e acolhido para fins de julgamento de mérito, sem que se impusesse qualquer mácula ao procedimento e aos limites do pedido.

A simplicidade e a condescendência com que era analisada a peça inicial trabalhista, já na perspectiva da atuação judicial, acabava por permitir um agir com criatividade e amplitude, sendo difícil a hipótese de as decisões serem consideradas *ultra* ou *extra petita*, na medida em que pedidos elásticos e maleáveis permitiam o atuar judicial complementar e criativo, afetando a ideia de congruência no processo do trabalho em comparação com o processo comum, o que será objeto de análise no último item deste trabalho.

A primeira atualização nos requisitos da petição inicial trabalhista ocorreu com a Lei nº 5.584, de 1970, que introduziu normas de direito processual do trabalho, determinando que o magistrado, quando o autor não tivesse atribuído valor à causa, o fizesse antes de iniciar a fase de instrução do processo. Tal se deu, na medida em que a citada legislação específica criou o procedimento sumário ou de alçada na Justiça do Trabalho, nas causas de até 2 (dois) salários-mínimos, a partir de quando, para fins de fixação do procedimento, passou a ser

4 Exemplificativamente: “O § 1º do art. 840 da CLT dispõe que a petição inicial deverá conter ‘uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido’. Tal comando dá efetividade aos princípios da simplicidade e da informalidade, que orientam o processo do trabalho razão pela qual somente se reputará inepta a petição inicial que impossibilite a compreensão do pedido, em prejuízo do direito de defesa da parte adversa. Sem que se identifique tal situação, não há inépcia a ser pronunciada” (TST, 3ª Turma, RR 021281-07.2014.5.04.0221, Rel. Min. Alberto Bresciani, DEJT 17.06.2016).

5 Carlos Henrique Bezerra Leite defendia que “há forte tendência a aproveitar ao máximo os pleitos contidos na petição inicial, mormente quando a parte postula pessoalmente, isto é, desacompanhada de advogado. Assim, os juízes normalmente aguardam a apresentação da defesa e, verificando que esta se manifesta eficazmente sobre os pedidos, acabam por admitir petições iniciais falhas, às vezes ininteligíveis” (2004, p. 296).

6 “Súmula nº 293. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL. A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade. (Redação original – Res. 3/1989, DJ 14, 18 e 19.04.89).”

exigida a atribuição de valor à causa e não necessariamente a todos os pedidos objetivamente cumulados.

Alguns anos depois, o CPC de 1973 veio a lume e manteve o rigorismo quanto aos requisitos da petição inicial do processo comum, com a necessidade de exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos dos pedidos, destes com as suas especificações e de indicação do valor dos pedidos e da causa, na forma do art. 282⁷ do vetusto código, cujo desatendimento pelo autor importaria na concessão de prazo para emenda à inicial, antes da sua extinção sem resolução do mérito, na forma do art. 284⁸ do mesmo diploma processual.

Tal opção legislativa pela manutenção do rigor técnico no processo civil muito pouco influenciou o processo do trabalho, que insistiu na sua autonomia tanto doutrinária quanto jurisprudencial, seguindo pela trilha da simplicidade das formas. Porém, houve a recepção do instituto da emenda à inicial, antes da extinção da ação trabalhista por inaptidão da exordial, conforme se verifica da Súmula nº 263 do TST⁹, que, na omissão da CLT, considerou possível a aplicação subsidiária do instrumento da emenda à inicial também no procedimento especializado.

Isis de Almeida defendia que, como corolário dos princípios da oralidade, da simplicidade e da faculdade do *jus postulandi*, a inicial trabalhista não deveria observar um tecnicismo rigoroso na sua elaboração e formulação dos seus pedidos, como exigia o CPC da época, devendo sim a sua confecção ser simplista e objetiva, inclusive lecionava que mesmo nas hipóteses em que o autor estava representado por advogado, “difícilmente se poderá julgar inepta uma inicial”¹⁰, na medida em que poderiam “as irregularidades e omissões serem supridas ou corrigidas, pelo juiz, no interrogatório do reclamante, seja de ofício, seja a pedido da parte contrária”¹¹.

7 “Art. 282. A petição inicial indicará: I – o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II – os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV – o pedido, com as suas especificações; V – o valor da causa; VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII – o requerimento para a citação do réu.”

8 “Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.”

9 “Súmula nº 263. Petição inicial – Indeferimento – Instrução obrigatória deficiente. O indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em dez dias, a parte não o fizer. (Redação original – Res. 11/1986, DJ 31.10.86, 03 e 04.11.86).

10 ALMEIDA, 1997, p. 28.

11 *Ibidem*.

DOCTRINA

Na mesma década de 1990, ensinava Manoel Antonio Teixeira Filho que os juízes trabalhistas deveriam ser bastante cautelosos com a aplicação do preceito comum que determinava a extinção do processo por inépcia da inicial, visto que não se deveria aplicar, com rigor excessivo, a norma civilista, sob pena de vilipendiar o princípio da simplicidade, próprio do direito processual do trabalho, principalmente quando em *jus postulandi* o autor da ação, incumbindo ao magistrado, nos casos de vícios graves de redação que inviabilizassem a defesa e o julgamento de mérito, a concessão do prazo de 10 dias para que o postulante fizesse os ajustes necessários em seu libelo, em procedimento de emenda à inicial¹².

Mais recentemente, a CLT foi reformada pela Lei nº 9.957, de 2000, para a introdução das regras sobre o procedimento sumaríssimo, nas ações cujo valor da causa seja de até 40 (quarenta) salários-mínimos, oportunidade em que houve uma virada de perspectiva, passando a exigir-se que no procedimento sumaríssimo – teoricamente mais simplificado, na medida em que destinado às ações de valor da causa reduzido – a petição inicial deveria trazer os pedidos certos e determinados, com a indicação dos valores correspondentes, conforme a redação do art. 852-B da CLT, sendo que o § 1º do dispositivo já cominava a pena de extinção fulminante da ação caso os requisitos não fossem atendidos, sem a chance de prazo para emenda à inicial, que ficaria confinada ao procedimento ordinário, na linha interpretativa da Súmula nº 263 do TST, alhures já referida.

A doutrina se viu em uma disputa para definir se a petição inicial deveria continuar singela e instrumental, sem a exigência dos pedidos certos, determinados e com a indicação do valor, ou se deveria ser adotado um maior rigor agora também nos limites do processo do trabalho, ao menos no novo procedimento sumaríssimo, a partir da exigência do art. 852-B da CLT.

Carlos Henrique Bezerra Leite defendeu que todos os pedidos deveriam ser liquidados, de modo que o valor da causa devesse corresponder à somatória dos valores líquidos dos pedidos, sob pena de extinção do processo, com a consequente condenação do autor no pagamento das custas¹³. Avançou o autor para diferenciar a qualidade dos pedidos em líquidos e ilíquidos, para dizer que apenas os primeiros poderiam tramitar pelo novo procedimento. Em palavras suas:

“O pedido líquido é aquele que já especifica o *quantum debeatur*, ou seja, o autor já delimita, na petição inicial, de forma qualitativa e

12 TEIXEIRA FILHO, 1996, p. 271.

13 BEZERRA LEITE, 2004, p. 212.

quantitativa, os valores que julga ser credor do réu. Exemplo: aviso-prévio não pago no valor de R\$ 500,00. Já o pedido ilíquido concerne apenas ao *an debeatur*, isto é, o autor apenas indica que determinada parcela é devida, mas não especifica o *quantum debeatur*. Exemplo: adicional de insalubridade não pago durante todo o contrato, a ser apurado em liquidação de sentença. Nas ações trabalhistas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o autor deverá formular pedido certo e determinado, indicando, desde logo, o valor correspondente (CLT, art. 852-B), isto é, o pedido há de ser necessariamente líquido.”¹⁴

Mais recentemente, Gustavo Filipe Barbosa Garcia reafirmou que no novo procedimento sumaríssimo o pedido deve ser certo e determinado, ou seja, explícito e definido no que se refere à quantidade e à qualidade, incumbindo ao autor da ação apresentar cada um dos pedidos com os valores liquidados e correspondentes, o que facilita a tentativa de conciliação, defesa e sentença¹⁵, cuja doutrina influenciou a jurisprudência que se seguiu, a qual passou a exigir a adequada liquidação dos pedidos da exordial trabalhista submetida ao novo rito, sob pena de extinção dos processos sem resolução do mérito.

Uma decisão ilustrativa do Tribunal Superior do Trabalho fixou a lição de que, no procedimento sumaríssimo, o pedido deve ser “certo, determinado e líquido”, porém, naqueles casos em que o autor atribuiu ao seu pedido “mero valor estimado”, não seria a hipótese de extinção automática da relação processual, já que inviabilizado o trâmite pelo procedimento sumaríssimo, mas a conversão para o procedimento ordinário, em que se admitiam pedidos genéricos e com valores meramente estimados ou aleatórios atribuídos pelo reclamante¹⁶.

Recentemente, com a vigência do CPC de 2015, constatamos que o novo diploma manteve a linha histórica de rigorismo e formalidade no processo civil, com a exigência de que a inicial deva apresentar a narração dos fatos e os fun-

14 *Op. cit.*, p. 289.

15 GARCIA, 2013, p. 401.

16 “EXTINÇÃO DO FEITO. RITO SUMARÍSSIMO. VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA MERAMENTE ESTIMATIVO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONVERSÃO PARA O RITO ORDINÁRIO. 1. Nos termos do art. 852-B da Consolidação das Leis do Trabalho, nas reclamações processadas sob o rito sumaríssimo, o pedido inicial deverá ser certo, determinado e líquido. Resulta impróprio, assim, o processamento do feito sob tal rito especial diante da atribuição de mero valor-estimado à causa. 2. Daí não segue, todavia, como consequência necessária, a extinção do feito. Afigurando-se possível a conversão para o rito ordinário, ante a inexistência de prejuízo manifesto às partes, afigura-se imperioso proceder, de ofício, à adequação do rito processual, em observância aos princípios da celeridade, da economia processual e da instrumentalidade das formas. Interpretação conjunta dos arts. 852-B e 794 da Consolidação das Leis do Trabalho e 277 do Código de Processo Civil. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST, 1ª Turma, AIRR 001207-50.2012.5.05.0551, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 29.08.2014).

damentos jurídicos dos pedidos, que precisam ser específicos na sua natureza, especialidade, extensão e quantidade, conforme exigem os arts. 292, 319, 322, 324 e 326, todos do novo diploma, cujas amarras mais ajustadas implicam a redefinição do conceito de congruência e, por corolário, influenciam os limites da atuação judicial, também impactam no conceito de sucumbência, para a condenação em honorários e para o reconhecimento do interesse recursal, apenas para apontar algumas das diversas consequências processuais do modelo adotado quanto aos requisitos da inicial.

Chegando em 2017, o legislador responsável pela reforma trabalhista, seguindo uma linha teórica diferente da adotada por vários países¹⁷ e também da originariamente acolhida aqui entre nós, quanto à dualidade procedimental entre os processos civil e trabalhista, aproximou (*rectius*: praticamente unificou) os requisitos da petição inicial em ambos, na medida em que passou a exigir, na nova redação do art. 840, § 1º, da CLT, que o pedido precisa ser certo, determinado e com a indicação do seu valor, acolhendo os refinamentos, quanto à natureza e limites existentes no processo civil, ao mesmo tempo em que abandonou a simplicidade e a informalidade especializada de outrora. Não se trata, em atividade dogmático-descritiva, própria de um trabalho acadêmico-científico, de dizer se a opção legislativa foi a mais acertada, entre as diversas opções políticas e teóricas possíveis, mas de esclarecer que foi essa a escolha do legislador trabalhista reformador, *de lege lata*.

Agora, a petição inicial trabalhista precisa apontar o pedido com as suas especificações, englobando o pedido mediato (bem da vida pretendido) e o pedido imediato (natureza do provimento jurisdicional), de modo a possibilitar o exercício do contraditório substancial pela defesa, bem como deixando sublinhados os limites mais estreitos para a atuação jurisdicional, redefinindo o princípio da congruência no processo do trabalho, o que será tema de tópico próprio neste trabalho.

17 Poderia ter adotado o legislador brasileiro a ideia de ultrapetição do direito processual do trabalho de diversos países sul-americanos, como Colômbia, Paraguai e Argentina. Nesse último, por exemplo, em todas as suas Províncias e na Capital Federal, admite-se como regra que “Os tribunais poderão decidir *ultra petita* suprimindo a omissão do demandante. A sentença fixará os valores dos créditos sempre que sua existência estiver legalmente comprovada, mesmo que não reste justificado seu montante” (art. 56 da Ley n. 18.345/1998. Tradução livre do original em espanhol) e que a mesma decisão judicial “para fixar as quantidades devidas, poderá desconsiderar o reivindicado pelas partes” (art. 44 da Ley n. 11.653/1995. Tradução livre do original em espanhol). Também observamos a adoção da ultrapetição no direito europeu, sendo o exemplo mais eloquente o art. 74 do Código de Processo do Trabalho de Portugal, no seguinte sentido: “O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514.º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho”.

DOCTRINA

O pedido deve ser certo, determinado, claro, coerente e com a indicação do seu valor, conforme diz a nova redação do art. 840, § 1º, da CLT, complementada pela aplicação subsidiária e supletiva dos arts. 291, 292, 330, 322 e 324 do CPC. A certeza do pleito revela-se na sua expressão, na sua exteriorização clara e objetiva, repelindo-se os pedidos implícitos (admitidos como exceções, doravante tratadas). Já a determinação do pedido engloba a necessidade da sua delimitação quanto à qualidade e quantidade, ou seja, sua espécie e extensão (*an debeat*), reservando-se algumas exceções em que se admitem pedidos genéricos. Pedido coerente é aquele que decorre da causa de pedir alegada, da relação jurídica afirmada na inicial e que seja logicamente compatível com os demais pedidos. Por fim, a indicação do valor do pedido exige que se especifique a expressão monetária correspondente ao bem da vida pretendido (*quantum debeat*), devendo revelar na petição inicial qual a expressão monetária atual (englobando a soma corrigida do principal, dos juros de mora e outras penalidades, na forma do art. 292, I, do CPC), apresentando, então, o seu pedido de forma liquidada, como já estava consagrado no rito sumaríssimo.

Um ponto que sempre gerou bastante contenda no processo civil, desde o CPC de 1973, foi a definição do que seriam as especificações do pedido, mormente a exigência de certeza do valor. O art. 258 do vetusto código dizia que “a toda causa será atribuído um valor certo”, no que complementava o artigo seguinte que “o valor da causa constará sempre na petição inicial e será na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação”. Como exceção, admitia o art. 286 que poderia ser feito pedido genérico, nas três hipóteses que especificava. Acoplado com as exigências da inicial, o art. 459, parágrafo único, exigia que “quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida”. Fechando o sistema processual, o art. 586 trazia como requisito do título executivo que a obrigação a ser executada fosse “certa, líquida e exigível”.

As exigências de certeza, liquidez e exigibilidade não eram características do título executivo em si (sentença), mas da obrigação estampada na decisão. O art. 1.533 do Código Civil de 1916, vigente à época em que a regra foi recolhida no diploma processual, dizia que “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

Teori Zavascki definiu que a liquidez é predicado intimamente ligado com a certeza, seu pré-requisito. Para ser líquida, a obrigação deve (a) existir e (b) ter objeto determinado. Por isso, quando o autor formular pedido certo – como, aliás, deve, normalmente, fazê-lo – a sentença será, em princípio, também certa. Todavia, sendo genérico o pedido, nas três hipóteses permitidas, a sentença

condenatória será também genérica: definirá a norma jurídica individual, mas de modo incompleto, isto é, sem determinação do seu valor ou do objeto¹⁸.

A primeira conclusão a que podemos chegar é que quando a sentença já define os limites da obrigação, sua qualidade e quantidade (*an deabatur*), ela será líquida. Liquidez, com efeito, não é sinônimo de sentença que já contenha consigo a planilha com os cálculos aritméticos atualizados, mas a que traga todos os dados de existência e determinação do objeto, para que no início da fase de execução possa ser liquidada, inclusive pelo próprio exequente, conforme previsto no art. 475-B, *caput*, que atribui à parte a obrigação de juntar com o pedido de cumprimento da sentença, a planilha de cálculos atualizada.

No processo do trabalho, Carlos Henrique Bezerra Leite, na vigência da redação originária do art. 840 da CLT, mas interpretando-a conjuntamente com as regras processuais civis do CPC de 1973, já entendia que a peça inicial trabalhista deveria observar as especificações para a delimitação dos pedidos, motivo pelo qual lecionava que:

“O pedido, assim, primeiramente, deve ser certo, isto é, expresso, exteriorizado, inconfundível. Por isso que o autor, na inicial, não deve deixar transparecer pedido tácito. Também é requisito imprescindível do pedido a sua determinação, isto é, ele deve ser definido e delimitado, em sua qualidade e quantidade. É preciso, pois, que o pedido seja expresso, exteriorizado, inconfundível, definido e delimitado para que o juiz possa pronunciar com eficiência e presteza sobre se o pedido é ou não procedente, quando da prolação da sentença.”¹⁹

Importante sublinhar que a pragmática trabalhista baralhou, no aspecto semântico, o conceito do termo “sentença líquida”. Esta, como visto, é a decisão que contenha uma obrigação afirmada, definidos os limites de existência e determinação. Em palavras outras, a sentença que não traga consigo os cálculos aritméticos, mas que obedeça os requisitos apontados alhures, será líquida²⁰, ainda que somente na fase de execução a conta seja elaborada, pela parte, pela contadoria judicial ou mesmo pelo contador externo, na forma do art. 879 e parágrafos, da CLT.

18 ZAVASCKI, 2004, p. 348-351.

19 LEITE, 2004, p. 283.

20 Wolney de Macedo Cordeiro, lecionando sobre a execução trabalhista, captou com precisão que: “Afirma-se que a obrigação é líquida quando não existe qualquer dúvida quanto à sua existência ou ao seu conteúdo, apresentando-se inequivocamente pronta para ser cumprida. (...) De toda forma, não se considera obrigação ilíquida pelo simples fato de ser necessária a aplicação de correção monetária, juros de mora ou cláusula penal” (2016, p. 179-180).

Pelo fato de admitir pedidos genéricos, o sistema processual trabalhista não exigia que a petição inicial já trouxesse a liquidação dos valores da obrigação, mas postergava para a sentença, que poderia facultativamente já vir publicada com a conta de liquidação, o que recentemente é incentivado, ou deixava para o início da fase de execução, conforme o já destacado pelo art. 879, *caput*, da CLT, para que a obrigação líquida fosse calculada e atualizada (revelado o *quantum debeatur*).

Wolney de Macedo Cordeiro, lecionando sobre a liquidação no processo do trabalho, anota que:

“Em outras palavras, a liquidação por cálculos é aplicável às hipóteses nas quais a conquista da liquidez e determinação do título dependerá exclusivamente da determinação do *quantum debeatur*. Todos os demais elementos da obrigação reconhecida no título estão presentes, restando apenas a determinação do valor devido.”²¹

Com a vigência do novo CPC, todos os desenvolvimentos e conclusões firmados com base na legislação anterior, como o conceito de liquidez da obrigação e da sentença, a possibilidade de o próprio exequente, na fase do cumprimento da sentença, já trazer consigo os cálculos aritméticos atualizados, foram recepcionados pelos arts. 291, 292, 324, 492, 509, §§ 2º e 3º, e 783, todos do CPC de 2015.

Para que a obrigação e, conseqüentemente, a sentença posterior que a reconheça, sejam líquidas – no sentido rigoroso do termo – bastaria que a petição inicial já traçasse os limites de existência e determinação da obrigação, ou seja, que o pedido fosse certo e determinado. Ocorre que o legislador da reforma trabalhista foi além. Exigiu que o pedido também já traga a “indicação do seu valor”.

Partindo do pressuposto de que não há palavras inúteis, o que o novo art. 840, § 1º, da CLT agora exige, é que para além da liquidez da obrigação (certeza e determinação), também o autor já deva trazer a liquidação do valor do seu pedido, o seu resultado aritmético, o valor que entende devido, como de resto já faz o art. 292, I, do CPC, sujeito apenas à atualização, com aplicação de correção e juros, bem como dos honorários, juntando com a petição inicial a planilha de cálculos.

Para falar com Teori Zavascki, a liquidez não fica comprometida se o valor consignado originalmente como devido sofrer, supervenientemente, al-

21 *Op. cit.*, p. 185.

teração para mais, por exemplo, pela incidência de encargos apuráveis à base de simples cálculo aritmético²².

Em termos topográficos, o que o legislador fez ao alterar a redação do art. 840, § 1º, da CLT, foi uma opção por antecipar para o momento do ajuizamento da ação a realização dos cálculos de liquidação, cujo resultado deverá acompanhar os pedidos atualmente realizados, especificando-os. Se antes, no modelo revogado, a regra era que os pedidos fossem genéricos, de modo que ficava para ser realizada com a sentença ou na fase da execução, a conversão aritmética da obrigação no valor efetivamente devido, agora o legislador escolheu precipitá-la.

E tal opção legislativa, a despeito de antecipar um trabalho maior para os advogados elaborarem as petições iniciais, nada mais fez que seguir uma linha interpretativa que já vinha sendo observada pelo legislador processual, trabalhista e comum. A Lei nº 11.232, de 2005, introduziu o art. 475-B no CPC de 1973, atribuindo ao exequente, e não mais ao contador judicial, a tarefa de juntar aos autos a “memória discriminada e atualizada do cálculo”; isso foi mantido pelo art. 509, § 2º, do CPC atual, também influenciando o processo do trabalho, que considerava antes ser a elaboração dos cálculos atribuição dos auxiliares do juiz, mas, desde o ano de 2000, por meio da Lei nº 10.035, com a introdução do § 1º-B no art. 879 da CLT, incumbiu ao exequente a função de realizar e apresentar os cálculos. Assim, não gera qualquer surpresa ou perplexidade que a reforma de 2017 tenha mantido a responsabilidade de realizar os cálculos de liquidação com o autor, mas antecipado para o momento do ajuizamento da ação trabalhista, inclusive, trará muitos ganhos de celeridade, precisão, economia e eticidade processual, acoplado com a exigência de honorários advocatícios, o que somente é possível de fixação, a partir de pedido com valor atribuído adequadamente.

Reconhecendo que o atual sistema processual trabalhista antecipou para a petição inicial a apresentação dos cálculos, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho disse, por meio da Resolução nº 185, de 2017, que “os TRTs promoverão a capacitação dos advogados na usabilidade do Sistema ‘PJE Calc Cidadão’, fomentando a distribuição de ações e apresentação de defesa, independente do rito, sempre acompanhadas da respectiva planilha de cálculos.” (art. 47, § 5º).

Maximiliano Carvalho, admitindo que a exigência de liquidação impactará na prática processual trabalhista, mudando o proceder dos advogados e juízes, conclui que “mesmo perante aparentes dificuldades na liquidação dos

22 *Op. cit.*, p. 348.

pleitos, é importante que a norma do art. 840, § 1º, da CLT, seja cumprida em sua máxima eficácia, ou seja, que a petição inicial sempre venha acompanhada de planilha de cálculos”²³.

O art. 798 do CPC de 2015, ao tratar da execução dos títulos executivos extrajudiciais, deixa claro que incumbe ao exequente, já no momento da propositura da ação, fazer acompanhar a petição inicial com o título executivo e o demonstrativo do débito atualizado até a data da distribuição, quando se tratar de execução por quantia certa, a provar, mais uma vez, a tendência legislativa processual de antecipar, cada vez mais, o momento de apresentação da memória de cálculo e do valor exato pretendido, geralmente a atribuindo ao demandante.

A antecipação do momento de oferta dos valores liquidados, que antes ocorria na sentença ou apenas na execução, para a petição inicial em nada conflita com a redação ainda vigente do art. 879, *caput*, da CLT, na medida em que haverá ainda hipóteses de pedidos genéricos, admitidos por exceção, quando a sentença poderá ser ilíquida e, com isso, apenas na fase de execução a conta será definida, determinando o juiz que o próprio exequente o faça, apresentando a memória atualizada dos cálculos, na forma ao art. 879, § 1º-B, da Consolidação.

Marcelo Palma de Brito, descrevendo a nova disposição celetista, inicia a sua lição definindo os limites semânticos dos termos “certo”, “determinado” e “com a indicação do seu valor”, previstos no novo art. 840, § 1º, da CLT, seguindo para dizer que a reforma trabalhista:

“(…) torna um pouco mais rigorosa a elaboração dos pedidos da petição inicial trabalhista, passando a exigir, além de pedidos certos e determinados, que todos os pleitos referentes a obrigações de pagar sejam liquidados, ou seja, que haja a especificação do valor de cada um deles (*quantum debeatur*).

A nova exigência quanto à indicação do valor de cada pedido efetuado na inicial possibilitará maior compreensão da extensão da lide pelo magistrado sentenciante e, por conseguinte, caso haja a prolação de sentenças líquidas com base nos valores atribuídos na petição inicial, poderá haver a redução substancial dos incidentes relacionados à fase de execução de sentença, com a obtenção de celeridade e de maior efetividade do processo do trabalho quanto à satisfação do crédito alimentar do trabalhador.

23 CARVALHO, 2018, p. 105.

DOCTRINA

Por fim, a atribuição de valores corretos a cada pedido da petição inicial vai ao encontro da lide responsável, contribuindo para o respeito ao conteúdo ético do processo. A liquidação dos pedidos da petição inicial é importante para a aferição da ocorrência de violação da ética processual e, principalmente, para o cálculo das penalidades processuais a título de litigância de má-fé (arts. 793-A a 793-D da CLT) e ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, §§ 1º e 2º, do CPC), pois, somados, definem o valor global da causa.”²⁴

Contudo, haverá situações em que é inviável atender todos os requisitos do pedido, ocasião em que o CPC – na omissão legislativa da CLT – poderá ser invocado de forma subsidiária e supletiva, para revelar quando será possível a admissão técnica de pedidos implícitos, genéricos e ilíquidos, na forma dos arts. 322, § 1º, 324, § 1º, e 292, VII e VIII, e 326, respectivamente, todos do CPC.

A regra é que não se pode considerar como pedido aquele que, embora pudesse ter sido feito pelo autor da ação, não o foi, por opção ou mesmo omissão do advogado, sendo vedado ao julgador (princípios da adstrição, imparcialidade e da inércia) atuar para condenar o réu naquilo que não foi objeto do pedido, diretrizes que indicam que, apenas por exceção e nos temas expressamente admitidos pelo legislador, pode o juiz considerar alguns pedidos implícitos, quais sejam: os juros legais (arts. 322, § 1º, do CPC; arts. 405 e 406 do CC; art. 39 da Lei nº 8.177, de 1991), o ressarcimento das despesas processuais e honorários advocatícios (art. 322, § 1º, do CPC), a correção monetária (art. 322, § 1º, do CPC; art. 404 do CC), as prestações periódicas, englobando aquelas vincendas no curso do processo (art. 323 do CPC c/c o art. 891 da CLT), a conversão da reintegração na indenização equivalente (art. 496 da CLT), a da multa de 50% incidente sobre as verbas rescisórias incontroversas inadimplidas na primeira audiência (art. 467 da CLT) e a redução da indenização no caso de reconhecimento judicial da culpa recíproca na rescisão (art. 484 da CLT).

O art. 324, § 1º, do CPC, admite a formulação de pedido genérico, assim entendido o pleito que, embora determinado quanto ao gênero, é relativamente indeterminado quanto à quantidade ou à qualidade do bem da vida pretendido. Admitir, ainda que por exceção, pedido genérico, não significa, por evidente, que a parte possa pleitear que o órgão jurisdicional profira qualquer provimento (pedido imediato) ou condene o réu na prestação que entender adequada (pedido mediato), conforme o alvedrio do magistrado. Em palavras outras, pedido totalmente genérico é caso de inaptidão da inicial, sendo admitido, por exceção, apenas pedido relativamente indeterminado.

24 BRITO, 2017, p. 382-383.

DOCTRINA

Das três hipóteses de pedido genérico previstas na norma processual, as duas últimas são aquelas que têm cabimento no processo do trabalho. A primeira delas diz que é lícito formular pedido genérico quando (a) não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato, verificáveis nas ações trabalhistas em que se pleiteia a rescisão indireta do contrato, nas quais o autor exercerá o direito de continuar trabalhando até o julgamento da reclamação (art. 483, § 3º, da CLT), não tendo condições de delimitar, com precisão, as consequências (extensão) da futura e incerta decisão judicial, assim como (b) nos casos das ações de acidente do trabalho ou doenças ocupacionais, em que as lesões ainda não estão totalmente consolidadas, dependendo de prova pericial judicial posterior também para definir a perda da capacidade laborativa (extensão) ou o tratamento médico necessário e os seus custos (quantidade).

A outra modalidade em que se admite a formulação de pedido genérico é quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu, servindo como exemplo, no processo do trabalho, os casos de pedido de reintegração da gestante, dispensada no período de garantia provisória do empregado, sendo que, na hipótese, pode tanto a empresa optar pela reintegração ou pelo pagamento da indenização equivalente, não havendo como a autora já delimitar com precisão os contornos monetários do seu pedido. E mais: sequer ela própria sabe a data exata do parto, dado que será relevante para definir o *dies ad quem* da garantia de emprego e, por corolário, do valor da indenização.

Também nas hipóteses das ações coletivas que tragam como pretensões a defesa de direitos individuais homogêneos ou coletivos, é não apenas admissível como obrigatória a formulação de pedido genérico, na medida em que a sentença também será genérica (arts. 95 e 98 do CDC), sendo os seus beneficiários, a extensão e os valores definidos apenas na fase de liquidação da decisão.

Outra dúvida que deve ser colocada em evidência é a respeito do pedido de indenização por danos morais, que historicamente, na vigência do CPC de 1973, era considerado pedido genérico, dispensando a parte de indicar o valor e, caso indicado aleatoriamente, acabava por não limitar a condenação, nem servir como parâmetro para definição de sucumbência recíproca (Súmula nº 326 do STJ²⁵), mas que agora, já sob a égide do CPC de 2015, passou a exigir a indicação precisa do seu valor (art. 292, V), deixando então de inserir-se nas exceções dos pedidos genéricos, cuja evolução deve ser a mesma no processo do trabalho. A dificuldade de determinação exata do valor pretendido – nada

25 Súmula nº 326 do STJ. “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca” (DJ 07.06.06).

DOCTRINA

obstante a fixação de critérios mais objetivos pelo art. 223-G da CLT e a parametrização pelos precedentes dos tribunais em casos idênticos – poderá até reclamar a construção de uma doutrina específica para a apuração da sucumbência parcial ou recíproca, mas, por certo, não dispensará a parte de indicar expressamente o valor pretendido com a sua petição inicial.

Também não se deve confundir impossibilidade de liquidação dos pedidos com a dificuldade probatória durante o trâmite da ação. Citamos como exemplo o pedido de adicional de insalubridade, quando o advogado, entrevistando o cliente, acessando a ficha dos equipamentos de proteção individual entregues, documentos de porte obrigatório da ré (LTCAT, PPRA, etc.) e consultando a NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, terá condições de indicar com precisão na petição inicial o agente danoso, o período de exposição e o percentual do adicional (grau mínimo, médio ou máximo) e, com isso, oferecer o pedido que seja certo, determinado e com indicação do seu valor, não se justificando a invocação da excepcionalidade do art. 324, § 1º, do CPC, como subterfúgio para formular pedido genérico e sem atribuição de valor, como sempre ocorreu amiúde no foro, na época em que a redação do art. 840 da CLT assim permitia, casos em que o magistrado deve intimá-lo para emendar a petição inicial, sob pena de extinção do processo.

Falando em termos práticos, caso o autor alegue que estava submetido ao agente frio, trabalhando em linhas de produção em frigoríficos sem a entrega e uso dos equipamentos de proteção, segundo o anexo da norma regulamentadora referida, o adicional devido é em grau médio (20%), por isso não se justificando a alegação de que não teria condições de atribuir valor certo ao pedido, quando da elaboração da petição inicial e a sua liquidação.

Quando se revelarem as hipóteses em que se admite pedido genérico, o autor, por conseguinte, não terá elementos para liquidar o pedido, atribuindo-lhe um valor que seja exato quanto à extensão da pretensão (*quantum debeat*), admitindo-se, então, que possa atribuir um valor aleatório, meramente estimativo. Não se deve confundir a impossibilidade de liquidação exata de um pedido genérico com a necessidade que haverá de indicar-lhe um valor, ainda que estimativo, por exceção à regra.

Por força do art. 291 do CPC, de aplicação subsidiária, todos os pedidos devem ter a indicação de um valor, sendo que, nos casos dos pedidos liquidados, os valores já devem ser os exatamente pretendidos, englobando as atualizações até a data de ajuizamento da ação, e, nos pedidos genéricos, os valores atribuídos devem ser estimativos, por aproximação, não vinculando,

nesse último caso, a atuação do órgão jurisdicional, que estará transitando no espaço da excepcionalidade.

Para os casos, bastante comuns nos processos trabalhistas, dos pedidos alternativos, sucessivos, prestações periódicas etc., as regras para a atribuição dos seus valores – ainda que inviável a indicação precisa, nas hipóteses dos pedidos genéricos – são aquelas do art. 292 do CPC.

Entretanto, observamos que a nossa interpretação do art. 840, § 1º, da CLT, em sua redação atual, destoa da adotada pela doutrina majoritária trabalhista que está se formando, pois a quase totalidade dos juristas têm compreendido que a despeito da mudança redacional expressa, em termos pragmáticos, muito pouco foi acrescentado aos requisitos da petição inicial trabalhista, admitindo a sobrevivência da interpretação mais flexível, singela e dual, em cotejo com o processo civil, em sinal de resistência às novidades trazidas pelo legislador reformista.

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado têm a compreensão de que a reforma trabalhista elevou os requisitos para a validade da petição inicial, com a exigência de que os pedidos sejam certos, determinados e com indicação do valor, contudo o valor a ser atribuído não é exato e sim uma “estimativa preliminar” da pretensão condenatória²⁶, que desaguará na manutenção da posição clássica de que o valor atribuído não limitará a eventual condenação e tem o único objetivo de definição do procedimento, se sumário, sumaríssimo ou ordinário²⁷.

Comentando a mesma norma, diz Mauro Schiavi que, a partir da reforma trabalhista, o valor da causa passou a ser um requisito da petição inicial, assim como a individualização dos valores de cada pedido, que precisam agora ser certos e determinados. Para ele, a lei não exige que o pedido esteja devidamente liquidado, com a apresentação dos cálculos detalhados, mas apenas que o autor indique o valor equivalente, atribuído de forma justificada, ainda que por mera estimativa, já que o empregado normalmente não tem acesso aos documentos para o cálculo de horas extras, diferenças salariais, etc.²⁸.

26 DELGADO; DELGADO, 2017, p. 338.

27 “O valor atribuído pelo reclamante, no caso dos autos, representou mera estimativa, simplesmente para a fixação de alçada (art. 852-B, I, da CLT), não servindo como limite ao valor efetivamente auferido, após regular procedimento de liquidação de sentença. Ao deixar de limitar a condenação aos respectivos valores indicados na reclamação trabalhista, o juiz de primeiro grau não violou o princípio da congruência.” (TST, 1ª Turma, RR 011064-23.2014.5.03.0029, Rel. Des. Conv. Marcelo Lamego Pertence, DEJT 23.06.2017)

28 SCHIAVI, 2017, p. 94.

DOUTRINA

Dissentimos dos autores referidos, na medida em que os argumentos não são procedentes, estando a rigor, sociologicamente, atrelados ao passado, naquilo que Barbosa Moreira chamava de interpretação retrospectiva²⁹. A redação atual da CLT passou a exigir que o pedido seja certo, determinado e com indicação do valor, não mais podendo a resposta ser dada com base no texto anterior e na doutrina que se formou. Antes, como a regra eram os pedidos genéricos, o valor atribuído à causa tinha o singelo objetivo de fixar o procedimento, inclusive dispensando a atribuição de valor a todos eles, quando alguns dos pleitos já fossem suficientes para provar o enquadramento no procedimento ordinário, superando o limite dos 40 (quarenta) salários-mínimos.

Wagner Giglio, desde o advento do procedimento sumaríssimo, com a redação do art. 852-B, I, da CLT, já ensinava que deveria ser feita a distinção entre pedidos com valor estimativo e pedidos com valores liquidados, apontando que a redação do novo dispositivo indicava a adoção do segundo entendimento:

“A primeira questão que se apresenta é relativa à possibilidade de estimativa do valor, para exclusivo efeito de obter o processamento pelo rito sumaríssimo, mas sem constranger o julgador. O pedido líquido limita o pronunciamento do juiz, que não poderá conceder mais do que foi reivindicado, sob pena de nulidade por julgamento *ultra petita*, enquanto o pedido de valor estimado, aproximado, não. Acolhido o pedido de valor estimado, deverão as quantias devidas ser apuradas em liquidação, o que não se coaduna com o propósito de celeridade processual que informou a criação do rito sumaríssimo.”³⁰

Atualmente, não resta mais dúvida que tanto o art. 852-B, I, quanto o novo art. 840, § 1º, ambos da CLT, exigem expressamente que todos os pedidos devem conter a indicação do seu valor – seja valor liquidado, como regra, seja valor estimativo, como exceção nos pedidos genéricos –, o que impactará, inclusive, na delimitação do espaço de atuação jurisdicional, diante do princípio da congruência, implicando na apuração da sucumbência parcial e recíproca,

29 Apontava o já saudoso professor que existia entre nós uma patologia interpretativa, no sentido de que muitos autores, ao interpretarem a nova Constituição de 1988, o faziam com os olhos voltados ao passado, a partir das premissas fixadas com base na legislação já revogada, de maneira que o novo não inove nada e tudo fique como sempre foi. Em palavras suas: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação (...) em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.” (MOREIRA, 1988, p. 152).

30 GIGLIO, 2002, p. 342.

quando da fixação de honorários advocatícios, etc.³¹. A se manter como regra geral que o valor do pedido é estimativo, como querem os juristas visitados, estar-se-á autorizando que as partes lancem mão do subterfúgio de subdimensionar o valor dos seus pedidos, na inicial ou na reconvenção, escolhendo o procedimento (e com isso limitando a margem do contraditório e da ampla defesa), minorando os possíveis impactos da sucumbência (já que se estimado o valor do pedido, poderão os magistrados condenar em valor superior, mas, em caso de rejeição, o impacto sucumbencial será mínimo, já que atribuído valor reduzido), minorando o valor das custas, da eventual multa por litigância de má-fé e por ato atentatório à dignidade da justiça, etc.

Também não é correto o argumento de Mauro Schiavi de que os autores e os seus advogados não têm acesso aos documentos do contrato para poderem elaborar uma petição inicial técnica e refinada, na forma das novas exigências, já que há instrumentos processuais disponíveis no sistema, possibilitando que tenham efetivo acesso aos documentos contratuais, podendo inclusive ponderar acerca da correspondência entre a narração dos fatos realizada pelo cliente e a confirmação destes pela análise documental, que somente poderá ser feita com precisão pelo profissional técnico, quiçá aconselhando o cliente sobre a inviabilidade jurídica de realizar determinado pedido, que o leigo inicialmente entendia como pertinente³².

3 – EMENDA À INICIAL ENQUANTO DIREITO PROCESSUAL FUNDAMENTAL, SENTENÇA PARCIAL DE EXTINÇÃO E A SUA RECORRIBILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO

Um olhar atento sobre o ordenamento jurídico permite-nos induzir, a partir das várias disposições que serão analisadas nas linhas que se seguem,

-
- 31 Marcelo Palma de Brito observa nesse particular que “a liquidação de cada pedido será bastante útil para o cálculo do montante devido a título de honorários sucumbenciais, que, na Justiça do Trabalho, passarão a ser fixados entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%, observados os parâmetros constantes no novo art. 791-A da CLT. A liquidação de cada pedido da petição inicial será útil, principalmente, na hipótese de procedência parcial para o cálculo dos honorários sucumbenciais devidos pelo reclamante ao advogado da parte reclamada, pois o § 3º do art. 791-A da CLT estatui que, nesse caso, o magistrado arbitrar os honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários” (*Op. cit.*, p. 383).
- 32 Lição magistral de Calamandrei dizia que: “Há um momento em que o advogado do cível deve olhar a verdade frente a frente, com o olhar desapaixonado do juiz: é aquele em que, solicitado pelo cliente para aconselhar sobre a oportunidade de propor uma ação, tem o dever de examinar imparcialmente, tendo em conta as razões do eventual adversário, se pode fazer com que seja de justiça a obra de parcialidade que lhe é devida. Desta forma, o advogado que trabalha no cível deve ser o juiz instrutor dos seus clientes e a sua utilidade social é tanto maior quanto maior for o número de sentenças de improcedência que pronunciar no seu gabinete” (2000, p. 121).

DOCTRINA

um princípio constitucional e internacional de eficiência da jurisdição, assim compreendida a atual obrigação de que os países garantam aos cidadãos não apenas o acesso formal ao sistema judiciário interno, mas, principalmente, que lhes seja garantido o direito de obterem uma resposta quanto ao problema de direito material, uma resolução de fundo dos seus processos.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 2º, reconhece que os direitos fundamentais nela previstos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, abrindo o seu leque de direitos para a adesão de novas garantias que fomentem a dignidade da pessoa humana e aumentem o *status* jurídico de proteção dos direitos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. 8º, garante que todos têm direito a um “recurso efetivo” para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pelas leis do país.

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 garante direitos humanos nas vertentes material e processual. Há um direito humano de que toda pessoa deva ser ouvida, dentro de um prazo razoável, por um juiz competente, independente e imparcial para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (artigo 8, 1), bem como que toda pessoa tem direito a um recurso “simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo” para proteção judicial dos seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição (artigo 25, 1), pelas leis ou pela própria Convenção Americana.

Significa que, pela abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o direito humano de acesso simples, rápido e efetivo à jurisdição passou a integrar o nosso rol de direitos fundamentais, criando um direito subjetivo para os litigantes, em processos administrativos e judiciais, de acesso aos meios processuais que sejam mais efetivos à defesa dos seus direitos, ao mesmo tempo em que paralisa (por ineficácia) as regras internas que embarçarem esse objetivo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em variados julgamentos em que se alegaram violações aos artigos 8 e 25 da Convenção, decidiu que os dispositivos consagram o direito de acesso à justiça, estabelecendo uma obrigação positiva aos Estados de concederem a todos aqueles submetidos à sua jurisdição um instrumento judicial efetivo contra atos que violem os seus direitos fundamentais. Inclusive, não basta que os instrumentos processuais existam formalmente, mas que tenham efetividade, isto é, devem proporcionar aos jurisdicionados a possibilidade real de propor uma medida judicial simples

e rápida. Qualquer norma ou medida que impeça ou dificulte fazer uso do recurso processual constituirá em uma violação ao direito de acesso à justiça enquanto um direito humano³³.

Luiz Flávio Gomes observa com precisão que a palavra “recurso”, prevista nos textos dos documentos internacionais, deve ser entendida não só em sentido estrito de ataque contra uma decisão já proferida, mas também e principalmente no seu sentido mais amplo, de meio ou instrumento jurídico adequado à defesa de um direito material previsto no ordenamento³⁴.

Esse reconhecimento explica a razão de a EC nº 45 de 2004 ter incluído, agora de forma expressa, no rol dos direitos e garantias individuais do art. 5º da Carta de 1988, um direito fundamental à duração razoável do processo e “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII). Interpretando o citado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a prestação jurisdicional célere, plena e eficaz é o equivalente processual da dignidade da pessoa humana para o direito material³⁵, bem como que a alegação de complexidade da causa não serve como obstáculo ao direito fundamental de duração razoável do processo³⁶.

O CPC de 2015, inspirado pelo direito fundamental à efetividade, elenca, entre as normas fundamentais do processo civil, a sua interpretação conforme as normas constitucionais (art. 1º) e internacionais (art. 13), exigindo o julgamento de mérito em prazo razoável (arts. 4º e 6º) e que a decisão dada seja efetiva (art. 6º) e eficiente (art. 8º).

33 “El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.” (CIDH. Caso Cantos *Vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002)

34 GOMES, 2010, p. 190.

35 “A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz.” (STF, Plenário, Rel 5.758, Relª Minª Carmen Lúcia, DJE 07.08.09)

36 “Complexidade e peculiaridades do caso não obstam o direito subjetivo à razoável duração do processo.” (STF, 1ª Turma, HC 89.622, Rel. Min. Ayres Britto, DJE 10.09.08)

DOCTRINA

A efetividade guarda relação direta com a realização do direito material, e a eficiência, com o emprego dos melhores instrumentos, técnicas e estratégias para alcançar a sua realização, otimizando-se os meios para a consecução dos seus fins. Um processo é efetivo e eficiente quando consegue, com instrumentalidade, rapidez e menor custo, efetivar o direito material. Um processo que efetive o direito, mas de forma tortuosa, demorada e custosa, não atende ao objetivo do novo código, como também um processo que seja apenas eficiente quantitativamente, resolvendo o processo de forma quase instantânea –, talvez com uma decisão liminar de extinção sem resolução mérito, mas que não atende o direito material – também é repellido.

O direito à jurisdição simples, rápida e efetiva alcança todas as partes do processo, inclusive o réu que tenha razão, assegurando-lhe o direito substancial ao contraditório, inclusive enquanto direito democrático de influenciar a decisão judicial, o devido processo legal e a ampla defesa. Também deriva do princípio da eficiência o direito de as partes terem o mérito da ação resolvido pela autoridade competente (direito material – efetividade), devendo a jurisdição evitar a suspensão do processo, extinções sem resolução do mérito e dilações indevidas, transmutando efetividade em mera eficiência numérica artificializada.

Esse novo princípio da preferência pela decisão de mérito encontra seu fundamento também em diversos outros dispositivos mais específicos do CPC, como na necessidade de concessão de prazo para regularização processual (art. 76), no suprimento dos pressupostos processuais e vícios formais (art. 139, IX), na decisão de mérito que prefere a decretação de nulidade (art. 282, § 2º), na correção dos pressupostos processuais e condições da ação, quando sanáveis (art. 317), na regularização documental e dos vícios sanáveis em sede de recurso (arts. 932 e 938, § 1º), na complementação das custas e regularização da guia (art. 1.002) e na superação de defeito formal para avançar no julgamento de mérito do recurso nos tribunais superiores (art. 1.029, § 3º, do CPC c/c o art. 896, § 11, da CLT).

Dentro desse novo quadro, cujos limites encontram-se no direito humano à efetividade do processo, no direito constitucional da duração razoável e do devido processo legal substancial, bem como nas diretrizes do novo CPC, quando trata do novo princípio de eficiência processual, parece-nos que não há mais espaço para que a legislação determine a extinção fulminante dos processos, notadamente com a prolação de sentença sem resolução do mérito, sem ter garantido previamente às partes o prazo para corrigir os vícios sanáveis, derivando disso que propomos uma revisão da jurisprudência e da doutrina tradicionais que defendiam o não cabimento da emenda à inicial no processo

do trabalho, de forma ampla, em nenhum dos procedimentos ou, mais restritivamente, apenas no procedimento sumaríssimo.

Comentando sobre a emenda à inicial no processo civil e o princípio da cooperação judicial, Fredie Didier Jr. diz que o código garante um direito à emenda, não se permitindo ao magistrado indeferir a petição inicial sem que, antes, determine a correção do defeito, com a especificação precisa do que precisa ser corrigido ou completado, sempre que o defeito for sanável, enquanto materialização das regras de aproveitamento dos atos processuais e da instrumentalidade das formas. Para o autor, o princípio da cooperação judicial se revela em dois momentos: o primeiro é o dever de prevenção do juiz, que deverá dar oportunidade para a parte corrigir os defeitos processuais e, depois, no dever de esclarecimento, pois incumbe ao juiz dizer com precisão qual foi o defeito que vislumbrou e onde deverá ser saneado³⁷.

A CLT, mesmo com a redação alterada pela reforma trabalhista, não trata expressamente do instituto da emenda à inicial no processo do trabalho, razão pela qual apenas dois caminhos seriam possíveis: um primeiro, defendendo que se trata de uma opção metodológica, um “silêncio eloquente” do legislador, porém, tal caminho esbarraria em violação direta do direito internacional e constitucional, acima delineado. A segunda opção, única então possível, seria aquela que garantiria a incidência do instituto da emenda à inicial, por aplicação subsidiária das regras do processo civil, na linha do que já sinalizado pela Súmula nº 263 do TST, em todos os procedimentos: sumário, sumaríssimo e ordinário, bem como nos especiais.

Nesse contexto, deve ser interpretada a inovação do art. 840, § 3º, da CLT³⁸, que trouxe uma regra de extinção do pedido que for inepto, servindo aqui os mesmos argumentos desenhados acima para justificar o direito de a parte corrigir os defeitos, antes de cogitar-se da extinção anômala do processo.

Mauro Schiavi também defende que a alteração legislativa deve ser vista com sensibilidade pelo Judiciário Trabalhista, de modo que, antes de extinguir o feito que não esteja de acordo com o § 1º do art. 840 da CLT, será possível a correção, com atribuição de prazo para emenda à inicial³⁹.

No mesmo sentido é a sugestão de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, para quem o aprofundamento dos aspectos formais da petição

37 DIDIER Jr., 2016, p. 566-567.

38 “§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.”

39 *Ibidem*.

inicial trabalhista exige, quando não atendidos os novos requisitos, a concessão do prazo de 15 dias para a correção, de acordo com o art. 321 do CPC de 2015, que é harmônico com os princípios gerais do processo e compatível com o processo do trabalho. Contudo, ressaltam os autores que a regra especial do art. 852-H, § 1º, da CLT, quanto ao procedimento sumaríssimo, determina a imediata extinção deste, razões pelas quais a oportunidade de emenda ficaria confinada ao rito ordinário⁴⁰, mesma posição intermediária defendida por Antonio Umberto, Fabiano Coelho, Ney Maranhão e Planton Neto⁴¹, posição da qual discordamos, por violar o direito fundamental de efetividade da jurisdição, já resumida nas linhas acima. Deveras, o art. 852-B, § 1º, da CLT, não pode ser interpretado de forma isolada, em desprestígio do direito internacional dos direitos humanos, do direito constitucional e dos novos princípios processuais que iluminam não só o processo civil, mas toda a teoria geral do processo, alcançando o trabalhista.

Alguns magistrados argumentam que, diante das peculiaridades do rito processual trabalhista, somente têm contato direto com a petição inicial quando da realização da audiência, após a citação e a juntada da defesa aos autos, fatos que inviabilizariam a determinação de emenda à inicial nessa quadra processual, cuja única solução, então, seria a extinção do pedido inepto quando da sentença.

Entretanto, compreendemos que a diferenciação no rito não justifica que o direito à emenda seja mitigado, quiçá excluído, no processo do trabalho. A primeira providência seria a alteração interna do fluxo do processo, para que juízes possam ter contato com a petição inicial antes da citação, já detectando as inconsistências e determinando a emenda, com a possível extinção do processo caso o mandamento judicial não seja atendido, ocasião em que, além de desafogar a pauta de audiências e emprestar celeridade no andamento dos processos, também traria um grande ganho ao autor, poupando-as da condenação em honorários advocatícios, na medida em que o réu ainda não teria sido citado.

Acrescente-se que, nada obstante a adoção da mudança do fluxo seja singela e traga bons ganhos, também não se descarta, antes de tudo se recomenda, que mesmo após a citação e a apresentação da defesa, detectando vícios sanáveis, o juiz determine a emenda à inicial, advertindo que não se trata de prazo para ampliar os limites objetivos ou subjetivos da lide, mas apenas para corrigir vícios concretos apontados pelo magistrado, garantindo-se prazo sequencial para a defesa também atuar. Nesse particular, defende Fredie Didier Jr. que é “possível, ainda, a emenda da inicial mesmo após a contestação, desde que

40 *Op. cit.*, p. 338-339.

41 No mesmo sentido: SOUZA Jr. *et al.*, 2017, p. 415.

não enseje modificação do pedido ou da causa de pedir sem o consentimento do réu⁴², acrescentando que também é possível uma nova determinação de emenda, se a primeira não foi satisfatória, e, mesmo que efetuada depois do prazo concedido, também deverá ser aproveitada, deixando o indeferimento da inicial e a possível extinção do processo, para os casos de vícios insanáveis.

A despeito da garantia de saneamento do processo, como projeção dos direitos humanos e fundamentais, poderá ocorrer de a parte não atender a ordem do magistrado e deixar escoar o prazo para retificação, ocasião em que não haverá dúvida da incidência da decisão de extinção do processo, que poderá ser parcial ou total, conforme o vício contamine parte da petição ou toda ela, quando se estaria diante do instituto dos julgamentos antecipados parciais (art. 843, § 3º, da CLT e arts. 354, 355 e 356, todos do CPC).

Haverá apenas a extinção do processo, restrito ao objeto da ação que se encontra defeituoso, sendo que, nos casos de cumulação objetiva, extremamente comum no foro trabalhista, dar-se-á um julgamento parcial, seguindo-se o processo com a instrução e julgamento de fundo da parcela saudável da petição inicial.

Dessa decisão antecipada parcial, com natureza jurídica de sentença de extinção do processo sem resolução de mérito, o recurso cabível será o ordinário⁴³, no prazo legal de 8 (oito) dias úteis, atendendo-se todos os demais requisitos, objetivos e subjetivos, de recorribilidade. Para que possa ocorrer a divisão do processo em duas partes – uma que seguirá para a apreciação do recurso ordinário e outra que prosseguirá para instrução e julgamento de primeiro grau – já há saída tecnológica na nova versão do processo judicial eletrônico (PJE), porém, ainda que assim não fosse, incumbiria à parte recorrente formar autos apartados (art. 356 e parágrafos, do CPC).

42 *Op. cit.*, p. 566.

43 Em relação ao CPC de 2015, houve uma reconfiguração dos instrumentos recursais para amoldar-se às sentenças parciais, sendo que as decisões interlocutórias não são mais recorríveis imediatamente (desaparecendo a antiga função do agravo de instrumento), mas este foi reconfigurado e remodelado para servir de instrumento recursal quanto às sentenças parciais antecipadas de extinção (art. 354, parágrafo único, do CPC). Como, de sua parte, o agravo de instrumento ainda guarda a sua antiga função de destrancar recurso no processo do trabalho, entendemos que o caminho seja a utilização aqui do recurso ordinário (princípio da taxatividade recursal), como o único previsto no sistema processual especializado para desafiar decisão judicial que importa em uma das causas de extinção do processo sem resolução do mérito.

4 – A TÉCNICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA

É fato incontroverso que a grande dificuldade prática na implantação da exigência de liquidação dos pedidos nos limites do processo do trabalho ocorre em razão do fato de que nem sempre aos trabalhadores são entregues os documentos relacionados ao contrato de trabalho, notadamente recibos de pagamento e cartões de ponto, dificultando que os próprios detentores do direito, ou os advogados por eles contratados, possam verificar a exatidão do cumprimento das obrigações e, no caso de inadimplemento, a extensão da lesão, razões pelas quais a jurisprudência mais tradicional, mesmo nas ações submetidas ao procedimento sumaríssimo, firmou-se no sentido de que os valores atribuídos aos pedidos eram meramente estimativos, atendendo o propósito básico de fixação do procedimento, mas cujos valores aleatoriamente atribuídos, aos pedidos e à causa, não limitavam a sentença.

Contudo, diante da alteração legislativa reformadora, essa interpretação precisará ser revista, exigindo-se da nova petição inicial trabalhista que os pedidos e o valor da causa representem com exatidão a pretensão condenatória, do que deriva a necessidade de prévio acesso integral aos documentos que lastreiam o contrato de trabalho, a proporcionar que os advogados verifiquem eventual violação de direito e a sua extensão monetária (*quantum debeatur* – arts. 291 e 292, I, do CPC).

No sistema do CPC de 1973, havia três instrumentos processuais para que o autor tivesse acesso aos documentos, sendo o primeiro deles o incidente de exibição de documentos (art. 355), quando, no bojo da ação principal, o demandante pleiteava a apresentação dos documentos pela defesa, a justificar algum dos seus pedidos, demonstrando a plausibilidade do seu direito. Ocorre que esse antigo instrumento não propiciava ao demandante reajustar os limites objetivos da ação. Em termos práticos, se o autor pleiteasse o pagamento de duas horas extras por dia e a exibição dos cartões de ponto com a defesa comprovasse que o autor não fez hora extra alguma, não havia possibilidade de o postulante desistir da ação, sem a anuência da ré, o que atualmente implicaria, inclusive, na discussão dos honorários sucumbenciais do advogado de defesa; também o mesmo entrave se apresentaria se os cartões de ponto demonstrassem que o trabalhador, na verdade, fizera quatro horas extras diárias, sendo igualmente vedada a ampliação do objeto da pretensão.

Para os problemas do incidente de exibição documental, o mesmo código revogado dava como alternativas o manejo das ações cautelares de produção antecipada de provas (arts. 846 a 851), do procedimento de justificação (arts.

DOCTRINA

861 a 866) e a ação cautelar de exibição de documentos (art. 844, II), quando o sujeito ativo poderia acessar previamente o lastro documental que amparava a relação jurídica, para somente após a sua conferência decidir pelo ajuizamento da ação principal, já com os limites da pretensão definidos. Mas, aqui também havia o inconveniente de que, como eram medidas de natureza jurídica cautelar, exigia-se a demonstração com a petição inicial dos requisitos universais da fumaça do bom direito e do perigo da demora, sendo que este nem sempre estava presente, na medida em que não havia justificativa de desaparecimento da prova que não pudesse aguardar a fase de instrução probatória da ação principal, inviabilizando o amplo acesso aos documentos previamente ao ajuizamento da ação principal.

Pioneiro na doutrina processual pátria, Flávio Luiz Yarshell criticou este modelo processual insuficiente, bem como defendeu a reconfiguração dos institutos, para que pudéssemos também desfrutar da utilização da ação autônoma para a produção antecipada de provas, sem o requisito da urgência⁴⁴, o que acabou por inspirar o legislador processual do novo diploma.

Atento às dificuldades do modelo processual anterior, o legislador do CPC de 2015 buscou na experiência estrangeira a possibilidade de franquear ao sujeito ativo da relação jurídica o acesso aos fatos e documentos, de forma preparatória e sem a necessidade de demonstrar o requisito da urgência, aproximando o nosso modelo do CPC de 2015 do instituto da *discovery* norte-americana, da *disclosure* do direito inglês e das demandas probatórias autônomas da França, Itália e Alemanha.

O processo judicial civil norte-americano contém, guardados os devidos ajustes relacionados às diferenças dos procedimentos com a nossa realidade, uma fase antecedente ou preparatória do julgamento (*pretrial stage*), que tem início com a demanda, composta da alegação dos fatos, dos fundamentos jurídicos e do pedido de julgamento da causa. O réu sequencialmente é cientificado para oferecer a sua resposta, normalmente na forma de uma contranarrativa, quando, então, pode seguir para a fase da *discovery*, ainda no bojo preparatório do julgamento.

Nessa fase, regulada nas *Federal Rules* 26 até 37, objetiva-se o acesso aos documentos, colheita de depoimentos e outras provas, quando as partes podem conhecer as armas do adversário e também adquirir elementos úteis que poderão ser utilizados na fase posterior do julgamento (*trial*), facilitando inclusive a realização dos acordos e, no limite, fazendo com que o julgamento

44 YARSHELL, 2009, *passim*.

seja o mais preciso e célere possível, já tendo a Suprema Corte norte-americana afirmado que “o conhecimento mútuo de todos os fatos relevantes reunidos por todas as partes é essencial para um litígio adequado”⁴⁵.

A *discovery* é conduzida pelos próprios advogados, com as petições e as respectivas respostas, apresentação de documentos, tendo um servidor do tribunal que lavra as atas das diligências, sendo que o juiz apenas é chamado a intervir caso ocorra algum incidente ou a alegação de algum *privilege*, para que uma parte não revele algum dado sigiloso que a incrimine, na forma das exceções legais estritas.

Após a completa colheita das informações, é bastante comum os próprios advogados proporem uma solução compositiva. Não sendo possível, pode o autor ajustar e complementar as suas alegações e pedidos, diante dos fatos esclarecidos na *discovery*, seguindo-se, finalmente, para a fase do julgamento perante o juiz.

Francis Peronde Folle, realizando um estudo comparativo entre o instituto da *discovery* e da produção de provas no direito brasileiro, ainda na vigência do CPC de 1973, sugere duas possibilidades de avanço: ou a admissão da produção antecipada de provas, como ação autônoma e sem o requisito da urgência, própria das ações cautelares, ou a postergação da estabilização da demanda para antes do saneamento do processo, a permitir que os litigantes possam reajustar as alegações e pedidos, após o conhecimento dos fatos e provas da parte contrária. Diz ela:

“Através do exame do instituto da *discovery* norte-americana, percebe-se que a antecipação da prova sem urgência, proposta no Brasil, ensejaria um resultado prático em muitos aspectos equivalente ao sistema da descoberta de provas americana, já que permitiria às partes um conhecimento prévio maior da demanda, poderia levar à realização de acordos e auxiliaria em um melhor direcionamento da demanda em relação às partes e seu objeto. No entanto, o mesmo resultado prático poderia ser obtido com a flexibilização de algumas regras atinentes à fixação do objeto da demanda, que passassem a, por exemplo, permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir até o momento do saneamento da causa, quando houvesse elementos mais concretos a embasá-los.”⁴⁶

45 “Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation.” (Hickman vs. Taylor, 329 U.S. 495, 507)

46 FOLLE, 2012, p. 146.

DOCTRINA

Se na experiência processual norte-americana a colheita de provas pode ser realizada na fase antecedente do julgamento, possibilitando que os necessários ajustes da demanda sejam realizados antes da fase final, alguns sistemas europeus preferiram franquear às partes um procedimento autônomo de produção probatória, sem a dependência de uma ação principal ou a necessidade de demonstração do requisito da urgência (*periculum in mora*).

Na França, o art. 175 do Código de Processo admite o instituto da *référé probatoire*, desde que a parte demonstre um motivo legítimo para a demanda de “fixação dos fatos”, independentemente de prova do requisito da urgência.

Já na realidade alemã, a atual redação do § 485 da ZPO, introduzido no Título 12, que cuida do procedimento probatório autônomo, recolheu a técnica do acesso probatório preventivo amplo aos documentos e demais fatos (*selbständiges Beweisverfahren*) como medida de política legislativo-judiciária para a valorização das soluções alternativas dos litígios, cuja via tornou-se possível desde a expressa previsão de que o procedimento poderia ser utilizado também para a prevenção de litígios e sem a necessidade do requisito da urgência. Diz o citado texto do § 485 que estará demonstrado o interesse jurídico ao procedimento quando a prova ou a declaração a ser colhida puderem ajudar a evitar um processo.

A admissão das demandas probatórias autônomas, para certificação dos fatos e sem a necessidade de demonstração do requisito da urgência (*periculum in mora*), fomenta uma mais rápida e adequada solução da crise de direito material. Nesse contexto, acrescenta Filipe Guimarães que com o acesso aos documentos, os litigantes são levados a repensar as suas reais chances processuais, quando lhes é permitido antever os êxitos possíveis e sopesar os prováveis riscos dos processos. Por isso, não raras vezes, o sujeito ativo pode se convencer de que mais vale desistir de uma demanda infundada para não ser condenado ao pagamento dos ônus sucumbenciais, enquanto o sujeito passivo pode ser levado a crer que a sua linha de defesa é infundada e um acordo se apresenta como alternativa vantajosa⁴⁷.

Caudatário dessa evolução, o legislador processual brasileiro acolheu as sugestões da doutrina, quando da edição do novo CPC, inclinando-se pelo modelo continental europeu das ações probatórias autônomas sem o requisito da urgência, na linha das experiências francesa e alemã, permitindo-se aos cidadãos o manejo da ação autônoma de produção antecipada de provas, agora sem a natureza jurídica cautelar estrita – daí sem precisar comprovar os específicos requisitos da relevância e da urgência –, para prever que a ação autônoma será

47 GUIMARÃES, 2009, p. 129.

admitida nos casos em que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou qualquer outro meio adequado de solução do conflito, bem como nas hipóteses em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação, na forma do art. 381 do CPC.

O novo instrumento processual consolida um direito ao compartilhamento das informações entre os cidadãos, na linha do princípio constitucional do acesso à informação (art. 5º, XIV, XXXIII e XXXIV, da CF), que já tinha, em relação aos dados de caráter público, os instrumentos do *habeas data* e do mandado de segurança, mas que agora, em relação aos dados de caráter privado, passará a gozar da ação autônoma da produção antecipada de provas, na trilha dos princípios especiais do novo processo civil brasileiro, como o da boa-fé objetiva (art. 5º do CPC) e o da cooperação processual (art. 6º do CPC), que materializam um processo muito mais dialogado e colaborativo e muito menos adversarial e surpreendente.

De quanto exposto, avançamos para sugerir, no processo do trabalho atual, a utilização prévia do requerimento administrativo para acesso às provas e documentos, como instrumento de viabilizar que a petição inicial atenda aos novos requisitos de certeza, determinação e indicação do seu valor, reservando-se, para as situações de omissão ou recusa empresarial na apresentação dos documentos, o instituto processual da demanda probatória autônoma, em conjunto com o protesto judicial interruptivo da prescrição⁴⁸, nesse segundo momento, já com o arbitramento dos honorários advocatícios em desfavor do réu (empregador) que deu causa ao processo autônomo de produção de provas, conforme interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto ao princípio da causalidade e a sucumbência nessa modalidade de ação⁴⁹.

48 Paralelamente e na mesma via processual da ação de produção antecipada de provas, poderão os trabalhadores já fazer o protesto judicial para a interrupção dos prazos prescricionais, bial e quinquenal, conforme o caso, na forma do art. 202, II, do Código Civil, art. 726, § 2º, do CPC e OJ nº 392 da SBDI-1 do TST.

49 Da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhem-se, a título ilustrativo, as seguintes decisões representativas: “A jurisprudência desta Corte já consolidou o entendimento que a condenação em honorários advocatícios será realizada, nas ações cautelares de exibição de documento, quando houver resistência à exibição, desde que esta seja devida” (STJ, 3ª Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1.508.969, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 11.04.2017); e “PROCESSUAL CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PRETENSÃO RESISTIDA. EXISTÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO. OCORRÊNCIA. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Nas ações cautelares de exibição de documentos, em razão dos princípios da sucumbência e da causalidade, haverá condenação a honorários advocatícios quando estiver caracterizada a resistência à exibição dos documentos pleiteados. 2. Na hipótese, o Tribunal local entendeu que ficou configurada a resistência à exibição, pois houve o prévio pedido administrativo e os documentos somente foram apresentados em Juízo. 3. Assim, modificar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é obstado em recurso especial, ante o óbice da Súmula nº 7 do STJ. 4. Recurso especial não conhecido” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.654.987, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 25.04.2017).

Acessando os documentos relacionados ao contrato, o advogado do autor terá condições de dimensionar as chances e os riscos de uma ação condenatória⁵⁰, fomentando a autocomposição e a solução dialogada da crise de direito material e, no limite, conduzindo para que uma inevitável demanda já seja mais enxuta, precisa e direta, contribuindo, por arrastamento, com a celeridade e a efetividade da jurisdição, sem contar a preferência pelo novo instrumento colocado à disposição das partes para que celebrem eventual transação judicial e levem à homologação judicial (arts. 652, *f*, e 855-B, ambos da CLT).

A ação trabalhista condenatória como a *ultima ratio* não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), na medida em que não se pode confundir a existência de políticas legislativo-judiciárias de fomento às formas alternativas e extrajudiciais de resolução dos conflitos com a proibição de acesso ao Poder Judiciário. Este continuará sempre franqueado quando as partes entenderem que há lesão ou ameaça ao seu direito, mas o modelo processual atual, civil e trabalhista, incentiva que a solução seja buscada antes de se precipitar a ação judicial, principalmente com a possibilidade de conhecimento das informações por meio das demandas probatórias autônomas, já que os riscos e os custos das ações condenatórias ampliaram-se consideravelmente, após a Lei nº 13.467/2017, com o aumento dos custos financeiros das ações para o litigante que não tem razão.

5 – A RECONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO

Partindo do pressuposto que a redação atual do art. 840, § 1º, da CLT, bem como o art. 852-B, I, do mesmo diploma, que trata do rito sumaríssimo, exigem que os pedidos sejam certos, determinados e com a indicação dos seus respectivos valores, haverá um refinamento das petições iniciais e uma maior delimitação dos seus pedidos (objeto do processo), o que, necessariamente, também repercutirá nos limites traçados para a atuação judicial, restringindo-a e, por corolário, reconfigurando o princípio da congruência no direito processual do trabalho.

Pedidos qualificados constroem a decisão judicial a transitar apenas dentro das suas fronteiras (art. 141 do CPC), na medida em que é vedado ao

50 Conjugando com o instrumento das demandas probatórias autônomas do art. 381 do CPC de 2015, esse mesmo diploma consagrou um modelo de provimentos vinculantes (arts. 489, 926 e 927), a proporcionar uma maior segurança jurídica, com cognoscibilidade, previsibilidade e proteção da confiança dos jurisdicionados, que agora conseguem antever com razoável certeza os resultados da sua possível demanda judicial.

juiz proferir decisão de natureza diversa da pleiteada, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi pedido (art. 492 do CPC).

Júlio César Bebber, lecionando com refinamento técnico, defende que o processo do trabalho precisa adaptar-se à contemporaneidade, de sorte que deverá ser observado o princípio da congruência, de modo que o provimento jurisdicional estará adstrito ao pedido imediato, ou seja, deverá corresponder à natureza da pretensão deduzida, bem como ao pedido mediato, isto é, deverá se ater aos limites qualitativos e quantitativos da pretensão deduzida com a inicial. Para ele, a limitação quantitativa diz respeito à proibição de pronunciamento concessivo de quantidade superior à postulada (veto à decisão *ultra petita*) e a limitação qualitativa diz respeito à proibição de pronunciamento judicial concessivo de objeto diverso do que fora pedido com a petição inicial (veto à decisão *extra petita*)⁵¹.

A doutrina clássica de Wagner Giglio, escrita ainda à luz do paradigma da redação original da CLT e do CPC de 1973, já era avançada na definição dos limites da congruência, na medida em que, para o já saudoso jurista, “a formulação de pedidos líquidos em montantes inferiores aos realmente devidos prejudicará o reclamante, pois limita a condenação”⁵².

Os processualistas civis, como Daniel Amorim Assumpção Neves, dizem que sendo o pedido determinado, o julgador está condicionado a ele para a prolação da sentença, isto é, indicada a quantidade do bem da vida que se pretende obter no caso, o magistrado não poderá ir além dessa quantificação, concedendo ao autor da ação mais do que foi pleiteado, sob pena de incorrer em julgamento *ultra petita*, que se caracteriza na hipótese em que o juiz concede ao litigante a tutela jurisdicional pedida, o gênero do bem da vida pretendido, mas extrapola a quantidade indicada⁵³.

No entanto, a posição clássica do Tribunal Superior do Trabalho firmou-se no sentido de que os valores atribuídos aos pedidos, mesmo no rito sumário, seriam meramente estimativos, tendo o objetivo de mera fixação do procedimento, porém não servindo como limite à condenação, de modo que a congruência dar-se-ia apenas em relação ao direito material afirmado (causa de pedir) e o pedido mediato (bem da vida pretendido), mas não em relação

51 BEBBER, 2011, p. 196.

52 GIGLIO, 2002, p. 164.

53 NEVES, 2016, p. 820.

aos valores atribuídos, já que estes seriam apenas definidos após o trânsito em julgado da sentença, já na fase de liquidação e execução da decisão⁵⁴.

Ocorre que, diante da nova redação do art. 840 da CLT, essa posição precisará ser revista, inclusive há decisões recentes do próprio Tribunal Superior do Trabalho, embora ainda não se referindo ao novel artigo celetista, com a redação que lhe foi atribuída pela reforma trabalhista, mas fazendo referência ao CPC de 2015, no sentido de que a inobservância pelo julgador dos limites aritméticos dos valores atribuídos a cada um dos pedidos liquidados na peça inicial, importa em julgamento *ultra petita*^{55,56,57}, acenando para uma evolução da jurisprudência.

Por essas razões, interpretamos que a nova redação do art. 840 da CLT, ao exigir que o pedido seja certo, determinado e com indicação do seu valor, no procedimento ordinário, reconfigurou o princípio da adstrição ou da congruência no direito processual do trabalho, na medida em que a limitação para a atuação judicial não se encontra mais apenas em relação à causa de pedir e pedido (*an*

54 “O valor atribuído pelo reclamante, no caso dos autos, representou mera estimativa, simplesmente para a fixação de alçada (art. 852-B, I, da CLT), não servindo como limite ao valor efetivamente auferido, após regular procedimento de liquidação de sentença. Ao deixar de limitar a condenação aos respectivos valores indicados na reclamação trabalhista, o juiz de primeiro grau não violou o princípio da congruência.” (TST, 1ª Turma, RR 011064-23.2014.5.03.0029, Rel. Des. Conv. Marcelo Lamego Pertence, DEJT 23.06.2017)

55 “JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES ESPECIFICADOS NA PETIÇÃO INICIAL. Os arts. 128 e 460 do CPC/73 (arts. 141 e 492 do CPC/2015) consagram o princípio da adstrição ou da congruência objetiva, de forma que o Juiz, ao decidir a lide, deve se ater aos limites em que esta foi proposta, sendo-lhe defeso proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Configura julgamento *ultra petita* a inobservância pelo Julgador do *quantum* indicado na inicial pelo autor, em relação a cada um dos pedidos formulados. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, 6ª Turma, RR 010628-03.2014.5.15.0103, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 10.03.2017)

56 “JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. PEDIDOS LÍQUIDOS. LIMITAÇÃO DOS VALORES PLEITEADOS NA INICIAL. Depreende-se da inicial que o reclamante delimitou os valores de alguns pedidos. Salienta-se que, no âmbito do processo do trabalho, a simplicidade da peça que inaugura a relação processual não exige do reclamante a atribuição de valor pecuniário de forma líquida como requisito necessário, nos termos do art. 840, *caput* e § 1º, da CLT. Por outro lado, diante da previsão do art. 460 do CPC, de ser defeso ao juiz condenar o réu em quantidade superior ao que lhe foi demandado, tem-se que o valor atribuído pelo reclamante a cada uma de suas pretensões integra o respectivo pedido e restringe o âmbito de atuação do magistrado, motivo pelo qual a condenação no pagamento de valores que extrapolem aqueles atribuídos pelo próprio reclamante aos pedidos importa em julgamento *ultra petita*. Infere-se, portanto, que o reclamante indicou, expressamente, o valor de alguns postulados e, portanto, procede a alegação recursal de que a condenação seja limitada aos valores pedidos pelo autor na inicial. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, 2ª Turma, RR 000845-72.2010.5.03.0131, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 01.07.2015)

57 “VALOR DA CONDENAÇÃO. LIMITAÇÃO AOS VALORES ATRIBUÍDOS AOS PEDIDOS. CPC, ARTS. 128 E 460. Restando clara a existência de pedidos líquidos e certos na petição inicial, deve ser limitado o montante da condenação aos valores ali especificados. Na esteira do que preceituam os arts. 128 e 460 do CPC, não havendo dúvidas quanto às restrições aplicadas aos pedidos, fixados em valores exatos, impossível o deferimento de parcelas que os superem. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, 3ª Turma, RR 000505-34.2013.5.24.0101, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 08.05.2015)

debeatur), mas agora também no valor atribuído aos pleitos (*quantum debeatur*), aproximando-se à sistemática processual civil, por expressa opção legislativa, com as evidentes ressalvas das situações em que a legislação admite pedidos implícitos, genéricos e ilíquidos, já referidos alhures no segundo tópico.

Trata-se de opção político-legislativa doméstica essa maior formalização da petição inicial trabalhista, com o reforço das amarras da congruência, mas que por não se revestir de inconstitucionalidade, deverá ser observada pelos diversos atores processuais. Evidente que poderia ter adotado o legislador brasileiro a ideia de ultrapetição do direito processual do trabalho de diversos países sul-americanos, como Colômbia, Paraguai e Argentina, bem como do modelo de Portugal, nos quais os magistrados estão expressamente autorizados a avançarem além ou fora dos limites dos pedidos, quando verificarem que os trabalhadores possuem razão, mas cujo modelo – repita-se – não foi o acolhido pelo legislador brasileiro.

Se, por um lado, a maior formalização da petição inicial trabalhista poderá ir de encontro aos princípios da simplicidade e da instrumentalidade, por outro as novas exigências, além de fomentarem os meios alternativos de solução dos conflitos, são imprescindíveis para que possa o modelo de sucumbência quanto aos honorários ter lugar no processo do trabalho, na medida em que não há como aferir concretamente eventual sucumbência recíproca – agora expressamente adotada (art. 791-A, § 3º, da CLT c/c o art. 86, parágrafo único, do CPC) – se ainda continuarmos considerando que os valores indicados aos pedidos seriam meramente estimativos, “provisórios” e, por isso, não vinculantes.

Adotamos um modelo teórico de sucumbência tanto formal (processual), quanto substancial (direito material), significando que haverá sucumbência tanto nas hipóteses de pretensões rejeitadas ou acolhidas parcialmente quanto nos casos das pretensões formalmente acolhidas, mas quando o direito material reconhecido esteja abaixo dos limites traçados pelo autor da ação. Em termos pragmáticos, há interesse recursal em ambos os casos, podendo o autor desafiar o recurso ordinário e, depois, o de revista, tanto para o acolhimento integral da sua pretensão processual, quanto para aumentar o valor da condenação, a demonstrar, uma vez mais, que os limites atribuídos aos pedidos – certos, determinados e com a indicação do valor – atuam para traçar fronteiras e constranger a atuação judicial e, se descumpridos, permitir o acesso recursal para ambas as partes, conforme seja, processual ou materialmente, sucumbente.

6 – CONCLUSÕES

a) A reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), alterou os requisitos da petição inicial trabalhista, atribuindo nova redação ao art. 840, § 1º, da CLT,

DOCTRINA

exigindo que os pedidos venham delimitados e qualificados, devendo ser certos, determinados e com a indicação dos respectivos valores, admitindo apenas, como exceção, as hipóteses de pedidos implícitos, genéricos e ilíquidos ou estimativos.

b) Se o autor da ação ou da reconvenção não atender as novas determinações, tanto no procedimento sumário, sumaríssimo ou ordinário, bem como nos especiais, ser-lhe-á garantida a oportunidade para corrigir os defeitos sanáveis, sob pena de extinção do processo, parcial ou totalmente, sem resolução do mérito, ocasião em que, na primeira modalidade de sentença parcial antecipada, o sucumbente deverá recorrer imediatamente, por meio do recurso ordinário, em autos apartados.

c) O principal argumento utilizado pela doutrina e pela jurisprudência clássicas para justificar a admissão dos pedidos genéricos, em regra, com valores atribuídos de forma estimativa ou aleatória, era o de que o trabalhador e o seu advogado não tinham acesso aos documentos do contrato, questão que ficou superada com a recepção da ação autônoma de produção antecipada de provas (art. 381 do CPC), que permite ao trabalhador acessar todos os documentos contratuais, para ponderar, com o auxílio técnico do seu advogado, os benefícios e os riscos de uma ação judicial.

d) Decorrência da maior formalização e refinamento da petição inicial trabalhista é a redefinição do princípio da congruência no direito processual do trabalho, visto que os pedidos certos, determinados e liquidados traçam limites muito mais estreitos para a atuação judicial (arts. 141 e 492 do CPC), ressaltando-se as hipóteses legais em que se continuará admitindo pedidos implícitos, genéricos e ilíquidos, quando o valor atribuído será meramente estimativo, não impondo limites à condenação nesses casos muito particulares, longe da regra geral e da prática generalizada de outrora, em que praticamente todos os pedidos eram genéricos, e os seus valores, apenas estimados.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 1997.

BEBBER, Júlio César. *Processo do trabalho: adaptação à contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2011.

BRITO, Marcelo Palma de. Comentários ao art. 840 e §§ da CLT. In: FONSECA, Rodrigo Dias da (Coord.). *Reforma trabalhista comentada*. Lei nº 13.467/2017: análise de todos os artigos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 2000.

CARVALHO, Maximiliano. Petição inicial líquida. E agora? *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, vol. 185, ano, 44, p. 105/120, janeiro 2018.

DOCTRINA

- CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da Discovery. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 204, p. 131/152, fev. 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 178, p. 123/152, dez. 2009.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.
- _____. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade: o futuro do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, vol. 84, n. 304, p. 151/155, out./dez. 1988.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.
- SOUZA Jr., Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A sentença no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA TRABALHISTA: EM BUSCA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Marcelo Wanderley Guimarães*

1 – INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tanto normas de direito material quanto de direito processual do trabalho.

A pretensão das alterações é de tal magnitude que até algumas das bases principiológicas do Direito do Trabalho e mesmo do Direito Processual do Trabalho podem ser questionadas e precisam ser refletidas. Para dar dois exemplos, basta citar o princípio da norma mais favorável (art. 620 da CLT) e o princípio da gratuidade do acesso à Justiça do Trabalho (art. 789, § 1º e art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT), ambos integrantes de uma rede de proteção do trabalhador nas relações material e processual trabalhista, que a nova lei pretendeu relativizar.

Desde a sua origem, a CLT contempla o *jus postulandi* das partes, isto é, o direito de as partes postularem em juízo pessoalmente, sem a necessidade de representação ou assistência por advogado. A regra está prevista no art. 791 – que permaneceu inalterada pela Reforma – é tradicionalmente reconhecida como uma característica própria do processo do trabalho, que se insere na lógica da facilidade de acesso à Justiça do Trabalho. O trabalhador, independente de despesas com advogado ou pagamento de custas processuais, teria ao seu dispor um processo simples, informal e gratuito, por meio do qual poderia reivindicar direitos trabalhistas eventualmente não adimplidos pelo empregador.

Com a capacidade postulatória das partes e sem regulamentação específica na CLT, a jurisprudência trabalhista formou-se e consolidou-se negando a aplicação dos honorários de sucumbência no processo do trabalho.

* Advogado; professor de Legislação Trabalhista e Prática Jurídica Trabalhista no Centro Universitário Dom Bosco – UniDBSCO; mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná; pós-graduado em Direito Processual Civil e Direito Empresarial.

Essa situação foi alterada pela Reforma Trabalhista ao disciplinar expressamente a matéria.

No entanto, inúmeras dúvidas surgem a partir daí, como a possibilidade ou não de aplicação da lei aos processos em curso, ajuizados antes da vigência da lei, a interpretação dos dispositivos que determinam a aplicação da sucumbência recíproca e o seu montante no caso de condenação do reclamante, o momento adequado para se determinar a suspensão da exigibilidade do crédito dos honorários, entre outras.

Com o objetivo de contribuir com a interpretação do tema, este estudo faz um relato do desenvolvimento histórico e da consolidação da jurisprudência trabalhista a respeito dos honorários no processo trabalho, uma reflexão sobre o atual conceito de acesso à justiça, para então propor uma interpretação dos novos dispositivos legais e, quiçá, buscar uma definição específica e adequada ao processo trabalhista.

2 – RELATO HISTÓRICO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho, em sua origem, atuava apenas como órgão do Poder Executivo destinado a promover a conciliação entre empregados e empregadores, mas era desprovida da função jurisdicional e do poder de coerção.

Wagner Giglio explica que “As Juntas tinham competência para conhecer e dirimir dissídios individuais relacionados com o trabalho, mas não tinham poderes para executar suas decisões, o que deveria ser feito na Justiça Comum”. O mesmo autor esclarece que não havia “*independência para bem julgar*, pois os juízes eram demissíveis *ad nutum* e qualquer processo poderia ser subtraído do conhecimento das Juntas pelas cartas *avocatórias* do Ministério do Trabalho, com as quais chamava para si o poder decisório”¹.

Somente com o Decreto-Lei nº 9.797/1946 e com a Constituição de 1946 é que se admitiu expressamente, em texto legal, a Justiça do Trabalho como integrante do Poder Judiciário. O referido Decreto cuidou de organizar a estrutura da Justiça do Trabalho e o ingresso na carreira de Juiz do Trabalho, com a garantia aos Juizes do Trabalho da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, inerentes e necessárias à independência do ofício de julgar, monopolizado pelo Estado.

1 GIGLIO, Wagner D.; CORREA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3-4.

A CLT, por sua vez, não continha regra específica sobre os honorários de advogado ou mesmo honorários assistenciais, até porque, de acordo com a sua lógica muito própria, proporciona que as partes reclamem pessoalmente desacompanhadas de advogado.

Não se aplicava no processo do trabalho os honorários de sucumbência, muito menos o princípio da sucumbência recíproca ou parcial.

Sob a égide da Lei nº 1.060/1950, que trata da assistência judiciária gratuita aos necessitados, o TST editou a Súmula nº 11² – atualmente cancelada – consagrando o direito aos honorários assistenciais à parte que se enquadrava nos parâmetros legais, isto é, mediante requerimento dirigido ao juiz competente e que demonstrasse a condição econômica precária (art. 4º da Lei nº 1.060/1950).

A situação se alterou por força da Lei nº 5.584/70, que estabeleceu a assistência judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho prestada “pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador” (art. 14). O que fez a Lei nº 5.584/70 foi transferir ao monopólio sindical a assistência judiciária ampla antes prevista na Lei nº 1.060/1950.

A jurisprudência trabalhista então precisou ser reformulada. A assistência judiciária, com direito aos honorários assistenciais, passaria a ser uma prerrogativa do Sindicato profissional do trabalhador. Por intermédio da Súmula nº 219³, em 1985, o TST consolida o entendimento de que os honorários seriam apenas os assistenciais, isto é, devidos ao Sindicato, na hipótese de assistência judiciária, como previsto na Lei nº 5.584/70, quando presente a condição de miserabilidade jurídica e assistência sindical. O mesmo entendimento veio a ser confirmado pela Súmula nº 329, após a vigência da Constituição Federal de 1988⁴.

2 Assim dispunha a Súmula nº 11: “HONORÁRIOS DE ADVOGADO. É inaplicável na Justiça do Trabalho o disposto no art. 64 do Código de Processo Civil, sendo os honorários de advogado somente devidos nos termos do preceituado na Lei nº 1.060, de 1950”. Disponível na página do TST: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-11>. Acesso em: 22 jan. 2018.

3 A redação da Súmula nº 219, de 19.09.85, preconizava o seguinte: “Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família”.

4 A Súmula nº 329 teve a sua redação original publicada pela Resolução nº 21/93, em 21.12.93, com o seguinte teor: “Honorários advocatícios. Art. 133 da Constituição da República de 1988. Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho”.

DOCTRINA

O Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906, de 04.07.94, tratou de exigir a participação dos advogados na esfera trabalhista, na medida em que estabeleceu, em seu art. 1º, I, que a postulação perante “qualquer” órgão do Poder Judiciário seria atividade privativa do advogado. A previsão legislativa estava alinhada ao disposto no art. 133 da Constituição Federal, que preconiza: “o advogado é essencial à administração da justiça”. Ter-se-ia por revogado o *jus postulandi* e uma nova reflexão e construção jurisprudencial haveria que se erguer em relação aos honorários de sucumbência no processo do trabalho, quiçá em função da necessidade de atuação dos advogados particulares na defesa dos seus clientes nos processos trabalhistas.

No entanto, o possível debate jurisprudencial em torno dos honorários de sucumbência foi solapado pelo ajuizamento da ADI 1.127, já em 06.09.94, cuja liminar, proferida em 28.09.94, suspendeu a eficácia do dispositivo no que diz respeito à Justiça do Trabalho, Juizados Especiais e Justiça de Paz. Prevalencia, assim, em vigor, a capacidade postulatória das partes no Judiciário Trabalhista. Passados mais de 20 anos, lamentavelmente, a causa até esta data não tem decisão definitiva, mantendo-se suspensa a eficácia do dispositivo⁵.

Nova onda de pleitos de honorários de advogado nas causas trabalhistas veio com a chegada do Código Civil de 2002. Desta feita, o argumento principal repousou na teoria da reparação integral do dano. Com fundamento no novo Códex, sobretudo nos arts. 389 e 404, passaram a sustentar os advogados que a reclamada deveria ser condenada a indenizar o reclamante pelo valor dos honorários contratados, porquanto só assim terá sido reparado integralmente do dano reconhecido ao autor da causa. Como se percebe, a tese apoia-se no fato de que parte do dano permanece com o reclamante, na medida e na extensão em que precisar subtrair uma parcela do crédito recebido para pagar as despesas com o advogado contratado.

Todavia, mais uma vez o TST manteve firme o entendimento das Súmulas ns. 219⁶ e 329, sob o fundamento de que os dispositivos do Código Civil não se

5 Andamento processual disponível na página do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1597992>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

6 A redação da Súmula nº 219 passou por alterações no ano de 2016 (Resolução nº 204/2016, de 17.03.2016), mas manteve as exigências anteriores quanto aos honorários assistenciais: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/70)”.

aplicam ao processo do trabalho, haja vista a existência de legislação específica sobre o tema, sobretudo a Lei nº 5.584/70 já mencionada⁷.

Com a Emenda Constitucional nº 45/04, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho e trouxe uma diversidade de lides de natureza não propriamente trabalhista, no seu sentido estrito, o TST viu-se na circunstância de revisitar o tema dos honorários sucumbenciais, entre outras, em razão da chegada de grande volume de processos oriundos da Justiça Comum. Na ocasião, o TST editou a Instrução Normativa nº 27, de 2005, e assim estabeleceu em relação aos honorários: “Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”.

Ficou mais clara ainda uma evidente uma contradição em prejuízo do trabalhador. Ora, nas causas em que a disputa se dava a respeito de direitos e valores decorrentes da força de trabalho da pessoa humana, bem nessas é que os honorários não seriam devidos e que o trabalhador deveria retirar parte do resultado da demanda para pagar as despesas com o advogado contratado.

Para concluir esta breve referência histórica, não se pode desprezar também as Leis ns. 10.288/01 e 10.537/02. A primeira, tratou de acrescentar o § 10 ao art. 789 da CLT, com a seguinte redação:

“O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.”

Ora, se a lei voltou a tratar da assistência judiciária de forma diversa do que antes era tratado na Lei nº 5.584/70, pode-se interpretar que esta foi derogada tacitamente.

7 Nesse sentido, o seguinte julgado: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA PELO SINDICATO DA CATEGORIA. REQUISITO ESSENCIAL. A jurisprudência está sedimentada no sentido de que os arts. 389 e 404 do Código Civil atual, ao incluírem os honorários advocatícios na recomposição de perdas e danos, não revogaram as disposições especiais contidas na Lei nº 5.584/70, aplicada ao processo do trabalho, consoante o art. 2º, § 2º, da LINDB. Assim, permanece válido o entendimento de que, nos termos do art. 14, *caput*, e § 1º, da Lei nº 5.584/70, a sucumbência, por si só, não justifica a condenação ao pagamento de honorários pelo patrocínio da causa, os quais, no âmbito do processo do trabalho, são revertidos para o sindicato da categoria do empregado, conforme previsto no art. 16 da Lei nº 5.584/70. Se o trabalhador não está assistido por advogado credenciado pelo sindicato profissional, conforme recomenda a Súmula nº 219, I, do TST, indevidos os honorários advocatícios. Ressalva do relator quanto à tese de mérito. Recurso de revista conhecido e provido” (RR 32500-29.2005.5.17.0008, j. 28.09.2016, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 07.10.2016).

DOCTRINA

O citado dispositivo, porém, teve curto período de vigência, eis que em menos de 1 ano sobreveio a Lei nº 10.537, de 20.08.02, e deu nova redação aos arts. 789 e 790 da CLT, desta feita revogando o § 10 acima transcrito. A questão da justiça gratuita veio tratada pelo § 3º do art. 790, não havendo nele expressamente a previsão de assistência judiciária prestada por quem quer que seja, nem pelos sindicatos nem pelo Estado, tampouco por advogados particulares contratados. Do mesmo modo, a norma não tratou expressamente de honorários assistenciais.

Ainda assim, considerando-se a sucessão de leis e regras sobre a justiça gratuita, criou-se um novo espaço de interpretação e fundamentação de pedidos de condenação das reclamadas no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência e/ou honorários assistenciais para advogados não credenciados pelo sindicato da categoria. A Lei nº 10.288/01, com a redação que deu ao art. 789, § 10, da CLT, teria revogado a assistência sindical regulada na Lei nº 5.584/70. Já a Lei nº 10.537/02, com a nova redação que deu aos arts. 789 e 790 da CLT, teria acabado de vez com a assistência judiciária exclusiva dos sindicatos profissionais e aberto a possibilidade de que a mera concessão da justiça gratuita garantisse o pagamento dos honorários assistenciais ao advogado, mesmo não credenciado pelo sindicato da categoria. Nesse sentido:

“De consequência, outra conclusão não resta: suprimida a sistemática legal da assistência judiciária pela entidade sindical profissional, não subsiste o monopólio dos sindicatos profissionais quanto à assistência judiciária, possibilitando, assim, o pagamento de honorários advocatícios ao beneficiário da justiça gratuita.”⁸

No entanto, não foi essa a interpretação que prevaleceu na jurisprudência. Novamente, o TST reafirmou a força do verbete consolidado na Súmula nº 219, que reserva aos sindicatos a prestação da assistência judiciária aos trabalhadores e o direito de receber os honorários assistenciais⁹. Àqueles trabalhadores que optassem por contratar advogado particular, não credenciado pelo sindicato da categoria, mesmo quando beneficiários da *justiça gratuita*, restava aceitar

8 GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNING, Cristina Maria Navarro. *Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1480654>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

9 Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1164-20-2014-5-09-0006*. Acórdão DJEJT 23.06.2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1164&digitoTst=20&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=9&varaTst=0006&submit=Consultar>>. Acesso em: 8 fev. 2018. Acórdão publicado em julho/2017 pelo TST, da lavra da Ministra Dora Maria da Costa, com trechos transcritos do acórdão regional proferido pelo TRT-PR, traz elucidativo resumo da matéria. Autos: AIRR-1164-20.2014.5.09.0006.

que deveriam subtrair parte do seu patrimônio, no mais das vezes, oriunda do crédito trabalhista recebido na ação, para pagar os honorários do seu advogado.

Como se vê, a matéria estava bem sedimentada na jurisprudência, mas a Lei nº 13.467/2017 alterou substancialmente o assunto, o que será tratado nos próximos tópicos. Antes, porém, é importante resgatar os princípios da proteção e do acesso à justiça, ambos de índole constitucional e que constituem pressupostos necessários para a interpretação da nova legislação.

3 – O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO (NO PROCESSO) E O ACESSO À JUSTIÇA

O Direito Trabalho é reconhecidamente um campo do Direito em que a lei atua para realizar a igualdade material. Parte-se da premissa de que o empregador encontra-se em posição de vantagem em relação ao empregado e, assim, a lei atua com o objetivo de proteger a parte mais fraca, garantindo-lhe direitos mínimos. A própria origem do Direito do Trabalho está diretamente ligada a esse fato. E na construção da doutrina e regulamentação jurídica das relações de trabalho isso também aparece de modo visível, pois o contrato de emprego é marcado pela subordinação jurídica. O trabalhador disponibiliza ao empregador a sua força de trabalho, para que seja dirigida e organizada de acordo com os interesses do proprietário, como assentado no art. 2º da CLT. Fica evidente, assim, a desigualdade que o contrato de trabalho oculta.

No âmbito do processo não é diferente. A desigualdade presente na relação material, na vigência do contrato de trabalho, não desaparece só pelo fato de o trabalhador estar em juízo em busca de seus direitos. Ao contrário, no processo vem à tona toda a desigualdade presente na vigência do contrato, desde antes da sua assinatura. O perfil das vagas e dos candidatos, a elaboração das cláusulas contratuais às quais o empregado adere simplesmente (no mais das vezes), a sua administração e execução, tudo isso é realizado pelo empregador. É ele que faz a gestão das relações de trabalho, que define as atribuições e fiscaliza cada empregado, a jornada de trabalho, o valor da remuneração e os benefícios, os critérios de promoção e, com frequência, o término da relação de emprego.

Daí porque a doutrina reconhece que o princípio da proteção se expressa também na relação processual trabalhista. Manoel Antonio Teixeira Filho prefere denominar de “princípio da correção da desigualdade”, mas o conteúdo é notoriamente a proteção no âmbito processual:

“Sem essa proteção estatal, destinada a corrigir a inferioridade ontológica do trabalhador, este seria presa fácil para o adversário que

DOCTRINA

teria, no processo, um conveniente aparato legal à sua disposição, para conseguir eximir-se da obrigação de reparar as lesões cometidas nos direitos daquele.”¹⁰

Wagner Giglio, por sua vez, esclarece que o “princípio protecionista” aparece no processo do trabalho como necessário e logicamente decorrente do direito substantivo de que é instrumento. Segundo ele: “Essas características do Direito Material do Trabalho imprimem suas marcas no direito instrumental, particularmente quanto à proteção do contratante mais fraco, cuja inferioridade não desaparece, mas persiste no processo”¹¹.

Inúmeras são as manifestações de proteção do trabalhador na esfera processual, algumas delas mantidas pela Reforma Trabalhista, outras alteradas. Não é possível, no entanto, à luz de uma interpretação constitucional, afirmar que o princípio protetivo terá abandonado o trabalhador e processo do trabalho.

Historicamente, a primeira manifestação do princípio protetivo e da facilidade de acesso do trabalhador à Justiça que o legislador trabalhista originário buscou, foi a previsão de um processo simples, informal e manejado pela própria parte – o *ius postulandi*. Embora pudesse ser assim admitida na origem da CLT, o passar do tempo trouxe maior complexidade para a sociedade e para as relações de trabalho, de modo que a capacidade postulatória hoje deixa de ser uma vantagem ao trabalhador – mais se assemelha a uma armadilha do que a uma facilidade.

Como instrumento de realização do direito material do trabalho, o processo do trabalho traz, em sua essência, igual caráter protetivo, prestigiando a facilidade e simplicidade de acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho. São vários os preceitos legais nesse sentido (1) o não pagamento das custas no início do processo, conforme atual art. 789, § 2º, da CLT; (2) a possibilidade de reclamação verbal ou por escrito, sem representação ou assistência por advogado, ajuizada no local da prestação de serviço ou da contratação, como previsto nos arts. 790, 840 e 651 da CLT; (3) a execução de ofício das decisões, ou seja, a realização do direito reconhecido na sentença, independente de requerimento do reclamante, como preconizava o art. 878 da CLT, antes da Reforma. Naturalmente, aí estava presente a ideia de que o objetivo da parte com o ajuizamento da ação não é a sentença, mas a realização do direito material reclamado. A alteração promovida pela nova legislação em relação a este último ponto leva

10 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 2. p. 94.

11 GIGLIO, Wagner D.; CORREA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

o processo do trabalho a dar um passo atrás, com risco de comprometer a sua efetividade e celeridade.

Com esses três pilares, pode-se considerar que o processo do trabalho foi concebido com o propósito de facilitar o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, de maneira simples e informal, mas efetiva.

A respeito da simplicidade e informalidade do processo trabalhista, é possível enumerar vários exemplos na CLT: (1) a reclamação trabalhista pode ser escrita ou verbal, como preconiza o art. 840; (2) a contestação, igualmente, deveria ser apresentada oralmente, em audiência, segundo o art. 847; (3) realização de audiência una, com produção de provas e decisão durante o mesmo ato processual, proporcionando celeridade; (4) não há necessidade de arrolar previamente as testemunhas, que são levadas ao juízo convidadas pelas próprias partes, por ocasião da audiência, segundo o art. 845; (5) até mesmo em fase recursal, a letra do art. 899 preconiza que o recurso seja interposto mediante *simples petição*, o que significa que a petição de recurso dispensa a apresentação das razões e fundamentos de impugnação da decisão recorrida, como se expressa parte da doutrina¹².

Na esteira do arcabouço legislativo, conforme já visto no item precedente, a jurisprudência firmou-se no sentido de que não são devidos no processo do trabalho os honorários de sucumbência, o que precisará ser reconstruído em função das novidades trazidas com a Reforma Trabalhista, que será objeto do próximo tópico.

Algumas decisões já proferidas sob a égide da nova legislação parecem estar interpretando a norma em absoluto descompasso com o princípio protetivo que informa o processo do trabalho e com o princípio constitucional do acesso à justiça. Numa delas, um trabalhador foi condenado a pagar vinte mil reais de honorários de sucumbência¹³. Em outra, uma bancária foi condenada

12 “A *simples petição* desobriga a parte de apresentar razões? [Wilson de Souza Campos] Batalha acha que as razões são essenciais. Wagner Giglio as dispensa. Uma exegese histórico-sistemática do artigo dá razão a Wagner. Realmente, parece que a intenção do legislador, como frisamos em *Ação...* foi facilitar ao máximo a interposição de recursos. Por isso, tem-se a impressão de que se deva conhecer do recurso desacompanhado de razões” (LAMARCA, 1982, p. 661). No mesmo “ao menos em relação ao recurso ordinário. A mencionada expressão legal significa, exatamente, o que a sua inequívoca literalidade está a expressar: *por simples petição* e nada mais. Impor-se ao recorrente a indicação dos motivos que o levaram a postular o reexame da matéria seria afrontar o tantas vezes referido princípio da simplicidade do processo e do procedimento trabalhistas, bem como desrespeitar a capacidade postulatória de que são providas as partes, ou, quando menos, embaraçar-lhes o exercício desse direito, o que equivaleria, de certa forma, a negá-lo” (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 1.479).

13 MARTINES, Fernando. Ausência de nexo. Juíza condena trabalhador que se acidentou a pagar R\$ 20 mil de honorários. *Consultor Jurídico*. 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/juiza-manda-empregado-acidentou-pagar-20-mil-honorarios>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

DOCTRINA

a pagar sessenta e sete mil reais de verba honorária a um banco, porque apenas uma menor parte dos pedidos foi acolhida pelo magistrado, tendo a empregada sucumbido nos pedidos maiores¹⁴.

A leitura isolada das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 pode levar a conclusões equivocadas. Embora algumas normas protetivas tenham sido alteradas, não se pode simplesmente entender que o princípio da proteção foi abolido. Há que se interpretar as alterações sistematicamente e sempre com a luz dos preceitos constitucionais.

O risco da condenação em honorários de sucumbência não pode incutir no trabalhador um receio de tal ordem que o impeça de ajuizar a ação trabalhista em busca do reconhecimento e efetividade dos direitos que entenda tenham sido violados.

Há um sem número de razões que podem levar à improcedência total ou parcial dos pedidos. A jurisprudência e a interpretação das leis não são estáticas. O processo é uma mera representação da realidade e o seu produto é a verdade formal, a verdade possível, nem sempre condizente com a verdade material, embora seja esta a que se busca.

A Constituição Federal, art. 1º, III e IV, estabelece que a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são os “fundamentos” da República. Se é assim, as violações cometidas contra os direitos trabalhistas e a dignidade da pessoa prejudicam não apenas o trabalhador, mas ameaça a estrutura do Estado preconizada pela ordem constitucional.

O art. 6º da Constituição reconhece o trabalho como um direito social e o art. 170 preconiza que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, mas busca assegurar uma existência digna a todos.

O art. 7º enaltece a necessidade de estabelecer melhorias para as condições de trabalho e o art. 114, § 2º, estabelece uma cláusula de não retrocesso social nas relações de trabalho.

Portanto, se o direito processual é instrumento de realização do direito material, é da sua essência seguir a mesma lógica protetiva, tal como reconhecido pela própria CLT. É com esse norte que se deve fazer a leitura das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017.

14 Trabalhadora é condenada a pagar R\$ 67 mil após reforma trabalhista: Juiz entendeu que a maioria dos pedidos feitos pela ex-funcionária de um banco eram improcedentes. *Gazeta do Povo*. 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/trabalhadora-e-condenada-a-pagar-r-67-mil-apos-reforma-trabalhista-340f7n4xqrqrd6d2grj7ch78>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

DOCTRINA

A Constituição estabelece como garantia fundamental que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Isso significa, ao mesmo tempo, que o indivíduo tem o direito de reclamar perante o Poder Judiciário o que acredita ser violação (ou ameaça) aos seus direitos e que tem direito a uma decisão judicial, a prestação jurisdicional. Eis aí o chamado princípio da inafastabilidade ou da indeclinabilidade da jurisdição.

O direito de ação, portanto, integra o princípio da inafastabilidade da jurisdição e é um direito fundamental assegurado pela Carta Magna, de modo que não pode ser tratado como norma meramente formal ou um princípio programático do estado democrático. Ingo W. Sarlet explica que compete aos juízes e tribunais, “por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”¹⁵.

Um direito fundamental, assim reconhecido de modo expresso pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, há que ter concretude e a máxima eficácia, cabendo ao Poder Judiciário velar pela sua efetividade.

“(…) o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) incide sobre o legislador – que resta obrigado a traçar “formas de justiça” (órgãos jurisdicionais diferenciados) e procedimentos diferenciados para permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário das camadas da população economicamente menos favorecidas – e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender as regras processuais à luz do direito de acesso à justiça.”¹⁶

De nada adiantaria os trabalhadores terem seus direitos (o direito material) garantidos pela Constituição Federal ou pela legislação ordinária se não lhes fosse dado o acesso à justiça de forma ampla e efetiva, a fim de que possam, em juízo, reclamar as correspondentes violações.

Um direito sem instrumento eficaz de coerção nada mais é do que uma mera recomendação.

O conceito de acesso à justiça tem se alterado e acompanhado as transformações nos modelos de Estado desde os séculos XVIII e XIX até os dias atuais. No período inicial dos estados liberais, não competia ao Estado intervir em favor daqueles que não tivessem condições técnicas ou econômicas de

15 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 331.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 463.

acessar a justiça. Já nas constituições modernas, é reconhecida necessidade de atuação positiva do Estado para assegurar o gozo de direitos sociais básicos¹⁷. Os mesmos autores arrematam:

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹⁸

O efetivo acesso à justiça compreende a remoção de obstáculos que possam dificultar ou impedir o interessado de invocar o exercício da jurisdição para a solução de um conflito, o reconhecimento da violação de um direito e a devida reparação. Os custos (despesas em geral) com o processo, inclusive os honorários de sucumbência, sobretudo na esfera trabalhista em que o trabalhador, em geral, está desprovido de recursos até para adiantar honorários ao seu próprio advogado, são notoriamente um desses obstáculos. Nesse sentido, “(...) o direito de ação não pode ser obstaculizado por entraves como o do custo do processo”¹⁹.

Sabe-se, de há muito, que o direito de ação não se confunde com o direito material alegado em juízo. O exercício do direito constitucional de ação, público, subjetivo e abstrato deve ser assegurado, sem ameaças, mesmo que ao final do processo venha a se reconhecer e se declarar que o direito afirmado era inexistente ou não foi comprovado.

A depender da maneira como interpretado e aplicado, os honorários de sucumbência no processo trabalhista podem se tornar um obstáculo intransponível ao exercício do direito de ação e ao acesso à justiça, portanto. Se assim for, será inconstitucional.

Daí porque é imperioso que a nova legislação tenha uma interpretação conforme a Constituição, sem afetar o direito de acesso à justiça como direito fundamental.

Afirmar que as portas da Justiça do Trabalho continuam abertas, porque não se exige o pagamento de custas iniciais, é uma meia verdade. Para que o acesso à justiça seja pleno e eficaz, é preciso ter segurança e tranquilidade não apenas na entrada, mas também na saída.

17 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 9.

18 *Ibidem*, p. 12.

19 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 205.

4 – OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA TRABALHISTA NA LEI Nº 13.467/2017 E SUA INTERPRETAÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 acrescentou à CLT o art. 791-A e nele traçou as diretrizes para fazer incidir no processo do trabalho de maneira generalizada os honorários de sucumbência na seara trabalhista.

4.1 – *O jus postulandi e os honorários de sucumbência*

Em que pese a previsão legal de que as partes podem acessar a Justiça do Trabalho pessoalmente, a jurisprudência do TST, consolidada na Súmula nº 425, restringe substancialmente esta participação, porque limita o *jus postulandi* ao âmbito das Varas do Trabalho e Tribunais Regionais e exclui expressamente a sua utilização na ação rescisória, na ação cautelar, no mandado de segurança e nos recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. Percebe-se que está excluída da possibilidade de postulação pessoal das partes uma série relevante de medidas jurídicas que podem ser essenciais ao pleno exercício do direito de defesa e até mesmo ao resultado útil do processo, como as cautelares, para ficar num só exemplo.

Não obstante esta notória precariedade do *jus postulandi* na sua configuração atual, a Reforma Trabalhista manteve intacto o art. 791, inclusive a referência às figuras arcaicas do *solicitador* e do *provisionado*, já extintas em função da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia (EA).

Agora, portanto, convivem na lei trabalhista os honorários de sucumbência e o *jus postulandi*.

4.2 – *Os honorários de sucumbência para os pedidos condenatórios procedentes*

O *caput* do art. 791-A trata de estipular os honorários de sucumbência trabalhista, isto é, a importância paga pela parte que perdeu, devida ao advogado da parte contrária, mesmo quando atua em causa própria, como preconiza o art. 23 do EA.

Diz, ainda, o art. 791-A, que os honorários sucumbenciais devem ser fixados entre 5% e 15% “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”.

Uma vez que é referido como base de cálculo dos honorários de sucumbência “o valor que resultar da liquidação da sentença”²⁰, evidencia-se que a lei aí está a tratar da sentença condenatória, pois a liquidação é própria das sentenças dessa natureza, não das mandamentais, não das declaratórias, nem das meramente constitutivas, tampouco das decisões executivas.

O § 2º do mesmo dispositivo de lei orienta o juiz a observar diversos critérios ao decidir sobre o percentual a ser utilizado na condenação a título de honorários, tais como o grau de zelo, o local da prestação de serviços, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo despendido, tudo isso em relação ao trabalho jurídico realizado pelos advogados.

4.3 – Honorários sobre as causas sem valor econômico ou de valor inestimável

Por fim, a lei se preocupa com as ações em que não há valor econômico em disputa, tais como as ações meramente declaratórias. Para estas é que não há possibilidade de mensurar o proveito econômico obtido, tampouco existe liquidação de sentença. Para esses casos, o legislador determinou que os honorários sejam calculados sobre o valor da causa.

A CLT não trata dos critérios para definir o valor da causa, mas a nova redação do art. 840, § 1º, da CLT, permite concluir que o “valor do pedido”, ali mencionado, é, em verdade, o valor da causa. Omissa a CLT, subsidiariamente aplicam-se as normas do processo civil, como preconizam os arts. 769 da própria CLT e o 15 do CPC. Assim, o art. 292, especialmente o inciso V do CPC, serve ao processo do trabalho, pois prevê que o valor da causa “na ação em que há cumulação de pedidos, [seja] a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles”.

Quase a totalidade dos processos trabalhistas trazem cumulação de pedidos, daí porque a afirmação de que o “valor do pedido” na nova redação do art. 840, § 1º, da CLT, corresponde ao valor da causa.

4.4 – Honorários no caso de pedidos improcedentes – total ou parcialmente

Somente para os casos em que houver *procedência*, total ou parcial, do(s) pedido(s) formulado(s) pela parte autora, é que a CLT estabeleceu que a

20 Neste ponto, a lei está de acordo com a jurisprudência do TST, OJ nº 348/SDI-1: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR LÍQUIDO. LEI Nº 1.060, DE 05/02/1950. Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 05/02/1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários”.

DOCTRINA

condenação em honorários de sucumbência deve observar a faixa percentual e a base de cálculo fixada no *caput* do art. 791-A da CLT, isto é, entre 5 e 15% sobre valor da liquidação da sentença, do proveito econômico ou sobre o valor da causa.

Não há essa mesma regra para os casos de pedido improcedente, nem mesmo para a parcela improcedente do pedido deferido apenas em parte. Para essas situações, a solução é outra, portanto.

Essa afirmação é corroborada pela redação do art. 791-A, § 3º, que diz expressamente que nos casos “de procedência parcial, o juízo *arbitrará* os honorários de sucumbência recíproca”. Apenas isso.

A previsão legal é expressa no sentido de que haja a condenação do autor quando vencido, total ou parcialmente, mas não dita percentuais nem base de cálculo. Não há norma alguma determinando que seja utilizado o valor da diferença entre o pedido e o deferido, tampouco o valor do próprio pedido, nos casos de improcedência. Há que se utilizar, assim, critério diverso daquele previsto no *caput* para a condenação do reclamante nos honorários de sucumbência. É por isso que a regra do § 3º diz apenas que o juízo “arbitrará” os honorários.

Não altera esse entendimento a simples afirmação de que os parágrafos são interpretados à luz do seu *caput*. Embora correto, não menos certo é que todo preceito normativo deve estar em consonância, antes, com a Constituição Federal e o sistema jurídico no qual se insere.

Pois bem, em caso de improcedência, portanto, o juízo deve arbitrar os honorários de sucumbência trabalhista, conforme previsão do § 3º do art. 791-A da CLT, mas o faz com relativa liberdade, com prudência, proporcionalidade e razoabilidade, sem vinculação ao valor da causa, do pedido ou da condenação.

O § 2º do art. 791-A leva ao juízo os parâmetros gerais – mas não os únicos – para a fixação dos honorários de sucumbência devidos aos patronos de ambas as partes. Levar em conta o valor da causa ou o valor do pedido para se fixar os honorários de sucumbência trabalhista nos casos de improcedência, certamente transformará o instituto num obstáculo intransponível ao exercício do direito de ação. É dizer, utiliza-se o risco da condenação na verba honorária como arma apontada em direção ao trabalhador a ameaçá-lo, para não vir a juízo reclamar direitos que lhe tenham sido sonegados. E o pior, esta ameaça será tanto mais grave quanto maior o valor econômico da violação trabalhista.

Não pode ser esse o sentido da espada na mão direita da Themis!

Quando se trata de julgamento pela improcedência, antes das balizas mencionadas no art. 791-A, § 2º, deverá o juízo, portanto, se atentar para a capacidade econômica do reclamante-vencido.

Isso não é novidade no direito processual, porquanto o CPC/73 já previa que nos casos de julgamento pela improcedência do pedido, o juiz deveria arbitrar o valor dos honorários de sucumbência, sem correspondência direta com o valor da causa ou o valor do pedido, mas de maneira *equitativa*:

“§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a, b e c* do parágrafo anterior.”²¹

Como já dito, para que o acesso à justiça seja pleno, não apenas a porta de entrada, mas também a de saída, não pode conter trancas que não possam ser abertas. E os honorários de sucumbência trabalhista, um instituto nobre que reconhece o valor e a dignidade do trabalho do advogado, não pode se prestar a esse serviço.

Se tanto os honorários quanto os valores pleiteados na reclamação trabalhista são ambos decorrentes do trabalho, são verbas que possuem a mesma natureza e caráter alimentar, então não se pode simplesmente acudir a um em prejuízo de outro. Diante desta colisão de interesses, sem perder de vista o disposto no art. 791-A, § 2º, compete ao juízo observar a capacidade econômica do devedor e a possibilidade de efetivo pagamento da condenação sem afetar a sua dignidade.

Não se trata apenas de suspender a obrigação para o beneficiário da justiça gratuita, como preconiza o § 4º do art. 791-A, porque esta seria uma solução precária, que pode não atender ao reclamante, que passa a figurar como devedor e fica vinculado a esta dívida pelo prazo de dois anos, nem interesse do advogado, que nada receberá. Esta solução não atende, por fim, os interesses da própria Justiça do Trabalho, que terá uma nova infinidade de processos suspensos, parados em arquivo provisório, até o termo final dos dois anos. Certamente não é essa a finalidade da lei.

Por outro lado, não há ofensa ao advogado ou à advocacia o arbitramento de honorários em quantia reduzida ou mesmo módica, a depender da condição econômica do devedor. Haverá, ao contrário, notória afronta à dignidade do

21 CPC/73, art. 19, § 4º – norma já revogada pelo CPC/2015.

trabalhador se, além de não ter os seus direitos reconhecidos em juízo, por qualquer razão que seja, ainda sair do processo como parte devedora de quantia substancial que não possa pagar ou que lhe inviabilize outros projetos pessoais.

O que se propõe, assim, é que o juízo faça uso da equidade e de criteriosa avaliação do caso concreto, sobretudo da capacidade econômica do trabalhador, ao invés de simples avaliação do resultado do processo e da existência de outras ações em que o reclamante possa ter eventualmente recebido outros créditos trabalhistas. A recomendação é própria da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

É preciso não esquecer que a Lei nº 13.467/2017 trouxe para o texto da CLT a possibilidade, agora sem controvérsias, de condenação das partes por litigância de má-fé. Esta é a solução legal para as situações em que empregados e empregadores abusam do direito de ação ou de defesa. Esta é a ferramenta que os juízes do trabalho têm ao seu dispor e da qual devem fazer uso, nos termos da lei, para punir os litigantes em razão do seu comportamento abusivo no processo perante o Poder Judiciário, cabendo até mesmo a responsabilização solidária do advogado, como preconiza o art. 32 do EA, quando for o caso.

O fato de o trabalhador postular em juízo, mesmo em se tratando de quantia elevada, e não alcançar êxito, não está entre os preceitos que caracterizam a litigância de má-fé, razão pela qual os honorários de sucumbência trabalhista não podem servir como punição nem como ameaça capaz de evitar ao ajuizamento da ação que a parte entende adequada.

Com essa interpretação, percebe-se com clareza que é necessário algum grau de adequação do conceito genérico de honorários de sucumbência para a realidade própria do processo trabalho, tendo em vista a natureza da relação jurídica havida entre as partes do processo, bem como a proteção de uma delas e a presunção relativa da condição econômica desfavorável do reclamante.

Por tudo isso, acredita-se ser possível uma caracterização própria, aqui denominada de *honorários de sucumbência trabalhista*, mais adequada a esse ramo especializado do Direito, que respeita as pessoas envolvidas no processo e a Constituição da República.

4.5 – Em caso de acordo, as partes devem tratar dos honorários de modo expresso

A lei não disciplina a incidência de honorários de sucumbência nos casos de acordo.

Não se deve entender que a expressão “proveito econômico obtido”, contida no *caput* do art. 791-A, esteja a tratar desta situação. É que o proveito econômico pode ser o resultado da liquidação da sentença ou de uma sentença já líquida ou ainda de arbitramento por parte do juiz, como sói acontecer nas condenações por danos morais.

Nos casos de conciliação, embora também haja proveito econômico para o autor, entende-se que as próprias partes devem incluir na negociação e dispor a respeito dos honorários, não cabendo ao juiz, no caso de omissão, decidir sobre esta matéria. Quando menos, no silêncio das partes, há que se presumir que cada qual assumiu os honorários do seu advogado, porque de modo diverso a lei não dispõe e porque o acordo precisa ser capaz de solucionar o processo por inteiro.

4.6 – O momento próprio para se decidir pela suspensão da execução dos honorários

Por último, o § 4º do art. 791-A, autoriza a suspensão da exigibilidade dos honorários de sucumbência quando o juiz conceder à parte os benefícios da justiça gratuita, exceto se houver, no mesmo ou em outro processo, crédito capaz de suportar o cumprimento da obrigação. Se, em dois anos após a suspensão o credor não comprovar a capacidade econômica do devedor, a obrigação se extingue.

Trata-se de dois momentos processuais distintos. Um deles é a concessão da justiça gratuita, que beneficia a parte com o não pagamento das despesas processuais, geralmente já apreciada na sentença, mas que pode ter lugar em qualquer instância ou tribunal, como preconiza o art. 790, § 3º, da CLT e OJ nº 269/TST-SBDI-1. O outro seria o da suspensão da exigibilidade dos honorários de sucumbência trabalhista e este segundo se dá necessariamente na execução.

Nota-se que o art. 832 da CLT, que trata da sentença trabalhista, não sofreu alteração alguma pela Lei nº 13.467/2017. Portanto, não se exige que a sentença estabeleça a suspensão ou não da exigibilidade dos honorários de sucumbência trabalhista, mas apenas que decida sobre o seu deferimento ou não.

Desse modo, transitada em julgado a decisão e havendo condenação em honorários, passa-se à liquidação da sentença, se necessário, e só então é que se dará início à execução propriamente dita, a requerimento da parte e não mais de ofício, conforme a nova regra do art. 878 da CLT. Somente após a citação, na forma do art. 880 da CLT²², é que poderá o trabalhador-devedor se posicionar

22 Vale como equivalente a intimação do devedor na pessoa do advogado, para aqueles que entendem aplicável a regra do art. 523/CPC, entretanto, sem a multa de 10% prevista no § 1º, como decidido pelo TST no IRR 1786-24.2015.5.04.0000.

quanto ao pagamento dos honorários de sucumbência trabalhista, cabendo-lhe: (1) pagar a dívida mediante dedução do crédito eventualmente recebido ou por outros meios; (2) requerer o seu parcelamento na forma do art. 916/CPC, como vem sendo admitido na Justiça do Trabalho²³; (3) garantir a execução e opor embargos, como previsto no art. 884 da CLT; (4) requerer a suspensão da exigibilidade do crédito sob o fundamento de que não tem condições de suportar a despesa, como previsto no art. 791-A, § 4º, da CLT.

Observa-se que a redação do texto legal refere que o crédito só poderá ser “executado” se durante o período de suspensão houver demonstração de alteração na situação econômica do devedor. Mas a citação é o ato que exorta o devedor ao cumprimento espontâneo do julgado, não é um ato de execução forçada. É nesta fase também, e não antes, que poderá o juiz averiguar a existência de créditos em outros processos para suportar e despesa honorária.

E mesmo assim, sempre, garantindo-se ao devedor o exercício do contraditório e da ampla defesa, respeitando-se esses princípios constitucionais. Do contrário, a intangibilidade salarial, já relativizada, corre o risco de ser banalizada.

4.7 – Aplicação da lei no tempo

Como último tema antes das considerações finais, impõe-se tratar do problema da aplicação da lei no tempo. Diversas decisões entendem pela aplicabilidade imediata da regra relativa aos honorários de sucumbência, como aquelas já citadas nas notas 13 e 14, por exemplo. Outras tantas declaram que a norma só se aplica aos casos ajuizados após a vigência da Lei nº 13.467/2017.

Pela primeira corrente, argumenta-se que se trata de norma processual e cuja aplicação alcança os processos em curso, sendo que a sentença é o marco temporal para aplicação das normas que regulam os honorários de sucumbência. Nesse sentido, há recente decisão do STJ²⁴ em função das alterações sobre a matéria no CPC/2015 e até mesmo uma antiga Súmula do STF²⁵.

23 No TRT-PR a matéria está pacificada por meio da OJ nº 21 SE EX.

24 “6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.” (REsp 1.465.535/SP, DJe 22.08.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1500510&num_registro=201102936413&data=20160822&formato=PDF>. Acesso em: 6 fev. 2018.

25 Súmula nº 509 STF: “A Lei nº 4.632, de 18/05/65, que alterou o art. 64 do Código de Processo Civil, aplica-se aos processos em andamento, nas instâncias ordinárias”.

DOCTRINA

Com todo respeito aos entendimentos em contrário, a regra que trata dos honorários de sucumbência trabalhista é de natureza material e não processual.

Por força do art. 22 do EA e do art. 791-A da CLT, os honorários de sucumbência trabalhista decorrem do trabalho do advogado e a ele pertence. É crédito autônomo. De acordo com o art. 23 do EA e com o art. 84, § 14, do CPC, os honorários têm natureza alimentar e constituem crédito privilegiado. É, portanto, a remuneração compensatória pelo exercício do seu ofício e pelo êxito. É o direito material que assegura ao advogado o direito ao recebimento da verba, ainda que decorrente de sua atuação profissional no processo, ainda que seja fixada por um ato processual a decisão judicial.

As regras sobre honorários de sucumbência não tratam de matéria processual nem procedimental. Não se vê nelas nada que diga instrumento da realização de direito material reclamado, nem com a forma de procedimento judicial. Apenas que será reconhecida, deferida e arbitrada no bojo do processo e prevista no Código de Processo (No Capítulo Processual, no caso da CLT). Isso não basta para lhe dar natureza processual.

O diploma legal que prevê a existência do direito não é o que define a sua natureza jurídica. “Não se ignore, a propósito, a atenta observação de Eduardo Couture, de que a natureza processual de uma lei ‘não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio’”²⁶.

Todavia, ainda que se admita a natureza híbrida dos honorários, processual e material, ainda assim não seria possível a sua aplicação ao passado. A parcela material do direito impede a sua aplicação retroativa, posto que é impossível cindir o instituto. Ora, se a natureza é híbrida, porque é híbrida, é direito material e se assim é, impossível a aplicação para apanhar fatos passados.

A parte autora estabelece a sua posição jurídica processual quando do ajuizamento da ação. Se no momento da prática deste ato processual a parte não vislumbrava no ordenamento vigente a possibilidade jurídica da condenação nos honorários de sucumbência, porque inexistente fundamento legal à época, não pode ser surpreendida com tal condenação fundada em lei posterior, sob pena de se caracterizar aí a aplicação retroativa da lei.

26 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. (In)aplicabilidade imediata dos honorários de sucumbência recíproca no processo trabalhista. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 38-46, jul./ago. 2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/111552>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

DOCTRINA

Eis porque a condenação em honorários de sucumbência nos processo ajuizados antes da vigência da Lei nº 13.467/2017 resulta em retroatividade da norma e afronta ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo do trabalho é instrumento de realização forçada do direito material do trabalho, na medida em que só atua quando necessária a intervenção do Estado-Juiz e seu poder de coerção. A jurisdição é acionada quando se alega que o direito não foi cumprido espontaneamente.

Uma vez que é meio de realização de um direito material marcado pela desigualdade das partes, o direito processual do trabalho também tem em sua natureza o caráter protetivo. De outro modo, será inadequado ao seu próprio fim.

Embora bastante claro que o propósito da nova legislação é reduzir a rede de proteção do trabalhador, numa tentativa de retornar a disciplina do Direito do Trabalho para o seio do Direito Civil, enaltecendo maior espaço para a autonomia da vontade, não se mostra possível qualquer interpretação isolada, descomprometida com os princípios e valores preconizados pela Constituição Federal, seja pela sua força normativa seja mesmo pelo seu projeto de uma sociedade mais democrática e participativa, solidária e menos desigual.

Assim é que aos honorários de sucumbência recíproca, tradicionalmente presentes na esfera civil, quando transpostos para o processo do trabalho, carecem de novos contornos e adequações, de maneira a torná-los compatíveis com a realidade das pessoas a que se dedica este ramo especializado do direito material e o respectivo processo.

Os honorários de sucumbência trabalhista – mesmo recíproca, portanto, devem ter interpretação própria e diversa dos honorários de sucumbência recíproca do processo civil. Os honorários não podem se tornar obstáculo de acesso à justiça, como também não se prestam a servir de ameaça a quem se sinta lesado em seus direitos e que entenda necessário acudir ao Poder Judiciário.

Quando houver que condenar o trabalhador em honorários de sucumbência trabalhista, tanto na hipótese de improcedência quanto na de procedência parcial, em relação à parcela rejeitada do pedido, o juiz não está adstrito à faixa entre 5% e 15% do valor da causa ou da condenação.

O juiz, assim, há que observar as circunstâncias do caso concreto e a capacidade econômica do trabalhador, para então estipular o valor da verba honorária.

DOCTRINA

A fixação de honorários de sucumbência trabalhista em valor módico não é ofensiva ao advogado nem à advocacia, quando destinada a preservar a dignidade do trabalhador que não obteve êxito em sua demanda, porque pres-supõe que o juiz tenha levado em conta a capacidade econômica do devedor frente à necessidade do credor.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes. *Curso prático de processo do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.465.535/SP*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão, DJE 22.08.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1500510&num_registro=201102936413&data=20160822&formato=PDF>. Acesso em: 6 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127*. Julgada em 11.06.2010. Rel. Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612210>>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1164-20-2014-5-09-0006*. Acórdão, DJEJT 23.06.2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1164&digitoTst=20&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=9&varaTst=0006&submit=Consultar>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

_____. _____. *Recurso de Revista 32500-29.2005.5.17.0008*. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. Acórdão, DJEJT 07.10.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=32500&digitoTst=29&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0008&submit=Consultar>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. (In)aplicabilidade imediata dos honorários de sucumbência recíproca no processo trabalhista. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 38-46, jul./ago. 2017.

GIGLIO, Wagner D.; CORREA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNING, Cristina Maria Navarro. *Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1480654>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

LAMARCA, Antonio. *Processo do trabalho comentado*: arts. 643 a 910. São Paulo: RT, 1982.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DOCTRINA

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

MARTINES, Fernando. Ausência de nexos. Juíza condena trabalhador que se acidentou a pagar R\$ 20 mil de honorários. *Consultor Jurídico*. 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/juiza-manda-empregado-acidentou-pagar-20-mil-honorarios>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 2.

Trabalhadora é condenada a pagar R\$ 67 mil após reforma trabalhista: juiz entendeu que a maioria dos pedidos feitos pela ex-funcionária de um banco eram improcedentes. *Gazeta do Povo*. 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/trabalhadora-e-condenada-a-pagar-r-67-mil-apos-reforma-trabalhista-340f7n4xqrqrd6d2grj7ch78>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

QUESTIONAMENTOS ACERCA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS RECÍPROCOS: NOVIDADE TRAZIDA PELA REFORMA TRABALHISTA

Vólia Bomfim Cassar*

1 – DIREITO INTERTEMPORAL

O processo é composto de vários atos sucessivos e relacionados entre si, e cada um se concretiza numa época diferente, devendo ser aplicada a lei vigente na data da prática do ato. Aí está a teoria do isolamento dos atos processuais – art. 14 do CPC aplicável ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT c/c o art. 15 do CPC.

Logo, a norma processual não retroagirá e será aplicável ao processo em curso, respeitados os atos já praticados e as situações consolidadas sob a vigência da lei revogada (art. 14 do CPC).

Portanto, as regras a respeito do recurso (garantia, requisitos, preparo, etc.) serão aquelas vigentes na época da publicação da sentença ou da decisão que se pretende recorrer. A inicial deve observar os requisitos legais exigidos pela lei vigente na ocasião de sua interposição. A defesa, a revelia, a exceção e o arquivamento respeitarão a regra vigente no momento que o ato for praticado.

Todavia, algumas questões suscitarão dúvidas, como a prescrição intercorrente, a do sócio retirante, a dos honorários advocatícios, etc.

A questão dos honorários advocatícios é um pouco mais complexa, por existir entendimento do STJ¹ de que fase processual que se fixa os honorários advocatícios é a sentença². Este entendimento da Superior Corte discutia a aplicação da regra antiga (CPC/73) diante das novas regras do CPC/2015.

* *Doutora em Direito e Economia pela UGF/RJ; mestre em Direito Público pela UNESA; pós-graduada em Direito do Trabalho pela UGF; pós-graduada em Processo Civil e Processo do Trabalho pela UGF; professora do Curso Forum e do curso LFG; desembargadora do TRT da 1ª Região.*

1 REsp 1.465.535/SP.

2 Há decisão do STF no mesmo sentido: Ag. Reg. 1.014.675, de 23.03.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314099549&tipoApp=.pdf>>.

Entendemos que a situação que ocorreu na esfera cível é diversa da trabalhista: primeiro porque nunca tivemos sucumbência parcial e segundo porque aqui não cabiam honorários advocatícios, salvo raras exceções. Daí por que defendemos que deve valer a regra vigente na época da interposição da inicial. Ademais, quando ajuizada (antes da Reforma) o autor não sabia que, em caso de sucumbência total ou parcial, teria que pagar honorários à outra parte. Se o julgador pensar de forma diversa, adotando o entendimento do STJ, deveria, antes da defesa, dar a oportunidade à parte autora de alterar o pedido, se desejar, ou o réu, após a defesa, de fazer o requerimento de condenação em honorários, apesar de ser pedido implícito e, por isso, independe de requerimento, conforme nova regra processual contida no art. 322 do CPC. As sentenças prolatadas em processos cujas iniciais foram interpostas depois de 11.11.2017, devem fixar os honorários advocatícios, mesmo que as partes não tenham feito o requerimento, por ser pedido implícito.

2 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 791-A DA CLT

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

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser execu-

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

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.”

O CPC de 2015 alterou algumas regras sobre os honorários advocatícios, entre elas: a) incidência dos honorários tanto na fase de conhecimento como na execução, reconvenção e no cumprimento da sentença; b) apontou claramente a natureza alimentar³ dos honorários; c) garantiu a verba mesmo que o advogado atue em causa própria; d) apontou tabela diferenciada para a Fazenda Pública; e) estabeleceu parâmetros para a sua fixação na execução, além de outras.

Importante salientar que os honorários advocatícios sucumbenciais não se confundem com os honorários contratuais. A lei trabalhista não aceitava os honorários sucumbenciais em virtude do *ius postulandi* que antes vigorava como regra e agora vigora como exceção. Com o advento do PJe, a contratação de advogado é quase indispensável, daí a necessidade da mudança da regra.

Em boa hora o legislador garantiu aos advogados trabalhistas o direito aos honorários advocatícios. Entrementes, o valor fixado pelo art. 791-A da CLT é inferior ao previsto no art. 85, § 2º, do CPC, discriminando o profissional da área. Inexplicável o motivo que levou o legislador para a limitar a 15% o valor máximo dos honorários sucumbenciais.

Contrariando o posicionamento da Súmula nº 219 do TST, o § 1º determinou o pagamento de honorários também para as ações contra a Fazenda Pública, cujos parâmetros continuam na Súmula nº 219 do TST e nas regras do CPC⁴. Aliás, toda a Súmula nº 219 do TST terá que ser revisada, modulada ou cancelada. Como já era o entendimento da jurisprudência, também tem direito aos honorários o sindicato que atua tanto como assistente quanto como substituto processual.

Deixou a lei trabalhista de prever honorários também para a fase de execução, como o fez o § 1º do art. 85 do CPC. Todavia, a regra, ainda sim, poderá ser aplicada ao processo do trabalho com base no art. 15 do CPC. Aliás, o § 11 do art. 85 do CPC autoriza o tribunal, ao julgar o recurso, majorar o valor dos honorários anteriormente fixados, levando em conta o trabalho realizado em grau recursal, limitado ao valor de 15% na fase de conhecimento.

3 A natureza alimentar dos honorários conjugada com a sucumbência recíproca criada pela reforma trabalhista, pode gerar situações em que o ex-empregado autor da ação seja condenado em honorários advocatícios pela improcedência do pedido. Nestes casos, seu salário poderá ser penhorado num próximo emprego, como base na relativização da impenhorabilidade salarial preconizada no art. 833, IV, do CPC?

4 Neste caso deve ser aplicada a gradação prevista no art. 85, § 3º, do CPC.

DOCTRINA

Os honorários advocatícios constituem pedido implícito (art. 322 do CPC) e devem ser julgados, de ofícios, mesmo não existindo pedido expresso na inicial, como autoriza o art. 81 do CPC.

Outra novidade trazida foi a possibilidade de honorários advocatícios recíprocos em caso de procedência parcial, vedada a compensação, pois não são direitos das partes, e sim de seus advogados.

Logo, o juiz deve arbitrar os honorários de acordo com cada pedido. Assim, se o autor é sucumbente em três dos dez pedidos que formulou na inicial, sobre estes será condenado a pagar honorários ao advogado do réu, devendo sobre esta condenação pagar o valor correspondente ao depósito recursal e custas, caso queira recorrer, salvo se beneficiário da gratuidade.

Ainda é tormentosa a questão da sucumbência parcial de cada pedido. Por exemplo: se a inicial postula três horas extras por dia, durante todo o contrato de quatro anos, calculadas com adicional de 100% e com divisor 200 e ganha apenas uma hora extra, por um ano, pagas com adicional de 50% e com divisor 220, pagará honorários sobre a parte que perdeu? Em outras palavras, a sucumbência recíproca incide sobre tudo que se perde ou a análise é feita por pedido? Entendemos que a sucumbência é sobre tudo que se perde em cada pedido e por pedido.

Deve ser aplicado o entendimento contido na Súmula nº 326 do STJ para afastar a sucumbência recíproca nos casos de redução do valor do dano moral postulado na inicial.

Se o pedido for de reparação de dano que desafie pedido de parcelas vencidas e vincendas, como no caso de pensionamento por dano material decorrente de acidente de trabalho, os honorários incidirão sobre a soma das prestações vencidas acrescidas de doze vincendas (§ 9º do art. 85 da CLT).

Outra controvérsia: as demandas arquivadas pela ausência do autor ou extintas sem resolução de mérito depois da citação ou da apresentação da defesa, também desafiam a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais? Defendemos que sim, pois o réu contratou advogado para a produção da peça de defesa. Aliás, os arts. 85 e 485, § 2º, do CPC deixam clara a possibilidade de condenação.

No processo do trabalho a sucumbência recíproca é exclusiva aos honorários advocatícios e não se estende às custas.

Quando houver mais de um réu os honorários advocatícios deverão ser estendidos a todos, salvo se defendidos pelo mesmo advogado ou escritório. A controvérsia gira em torno do valor: deverá ser um valor único (entre 5 e 15%) rateado entre todos ou o percentual (entre 5 e 15%) para cada, de acordo com a sucumbência do autor para cada um?

DOCTRINA

Os honorários advocatícios são cumuláveis com as demais penalidades e multas, como litigância de má-fé (art. 85, § 12, do CPC).

O beneficiário da gratuidade de justiça também deverá pagar os honorários advocatícios ao fim, que serão arcados pelos créditos que ganhou naquele ou em outro processo. Se não houver crédito a receber suficiente para pagar o advogado *ex adverso*, a obrigação só será extinta se o credor não conseguir provar que, após dois anos (época em que a exigibilidade dos honorários fica suspensa), a situação de hipossuficiência econômica deixou de existir. A regra é similar àquela prevista no art. 98 do CPC, estando a diferença no prazo, pois no CPC o prazo de suspensão é de cinco anos e no processo do trabalho é de dois anos (§ 3º do art. 98 do CPC). Transitada em julgado a decisão que fixou os honorários e não havendo pagamento espontâneo nem crédito suficiente para a quitação, poderá o juiz determinar a execução com as medidas previstas no CPC e CLT, como protesto, inclusão do nome do devedor (seja o autor ou o réu) no SPC, Serasa, penhora⁵, etc.

A base de cálculo dos honorários advocatícios deve ser o valor da condenação atualizado, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários, na forma da OJ nº 348 da SDI-1 do TST, que pode aplicada analogicamente. Na hipótese de improcedência deverá prevalecer o valor atualizado da causa⁶.

De acordo com o art. 85, § 16, do CPC, só a partir do trânsito em julgado da decisão são calculados os juros moratórios incidentes sobre o valor dos honorários advocatícios. Apesar da aparente contradição entre tal dispositivo e a regra contida no art. 883 da CLT, entendemos que o comando processual civil deve ser aplicado, tendo em vista o silêncio da CLT e porque a sucumbência só é conhecida pela parte depois do julgamento transitado em julgado dos seus pedidos ou de sua defesa. Logo, inaplicável a regra contida na Súmula nº 439 do TST: “Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Desta forma, os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT”, que poderia ser aplicada por analogia segundo alguns autores.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: Gen, 2018.

5 Para os que relativizam a impenhorabilidade do salário, será possível penhorar o salário do empregado, mesmo que ele seja o autor da demanda, mas sucumbente.

6 O valor da causa deverá constar de todas as petições iniciais ajuizadas depois de 11.11.2017, diante do comando contido no art. 840 da CLT, que exige o valor de cada pedido. Desta forma, o valor da causa será a soma destes valores.

A UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS ELETRÔNICOS COMO MEIO PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

João Humberto Cesário*

1 – INTRODUÇÃO

Neste estudo abordaremos algumas questões probatórias contemporâneas, como aquelas relativas à validade de provas oriundas de documentos eletrônicos, tais como *e-mails*, aplicativos de conversas instantâneas (Whatsapp, Messenger, Skype, etc.), páginas da internet (Facebook, Instagram, Twitter, etc.), plataformas de publicação de vídeos (YouTube, etc.), registros eletrônicos de ponto (REP) e fotografias digitais, que por estarem digitalmente armazenados nas suas respectivas mídias em linguagem binária, somente são absorvíveis pelos olhos humanos através de computadores ou similares, causando, não raramente, dúvidas e perplexidades aos profissionais do direito que lidam com o tema, sejam eles advogados, juízes, membros do Ministério Público ou servidores.

2 – O USO DO *E-MAIL* OU INSTRUMENTOS DE COMUNICAÇÃO INSTANTÂNEA (WHATSAPP E OUTROS) COMO PROVA JUDICIAL

Embora o escopo do presente artigo não seja propriamente o de investigar a possibilidade de o empregador monitorar a correspondência eletrônica dos seus empregados, mas sim o de colocar em debate os problemas advindos do uso de documentos eletrônicos como prova judicial, pensamos ser importante destacar, à guisa de introdução, o mencionado aspecto do problema. Há de se

* *Juiz do trabalho no TRT da 23ª Região; doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso; autor de livros jurídicos; coordenador acadêmico da pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso nos biênios 2011 a 2013 e 2013 a 2015; membro do Comitê Executivo do Fórum de Assuntos Fundiários do Conselho Nacional de Justiça de 2013 a 2014; professor das disciplinas Teoria Geral do Processo, Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho e Direito Ambiental do Trabalho; tem atuado ultimamente como professor visitante na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e nas Escolas Judiciais dos TRTs da 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 9ª, 14ª, 15ª, 18ª e 23ª Regiões.*

fazer, para um correto enfrentamento dessa faceta do assunto, uma distinção entre o *e-mail* corporativo e o particular.

É voz praticamente corrente, atualmente, que o *e-mail* funcional é uma ferramenta de trabalho, cuja inspeção alusiva à diligente utilização insere-se na órbita do poder diretivo e fiscalizatório que o Direito do Trabalho reconhece ao empregador. Ora, se o *e-mail* é corporativo, possuindo verdadeira característica de ferramenta de trabalho, e se o empregador pode até mesmo se ver compelido a indenizar terceiros que, por exemplo, tenham recebido material virótico oriundo de conta mantida pela empresa junto a provedor (art. 932, III, do Código Civil), não nos parece que se possa concluir de modo diferenciado, a não ser para se compreender que a ele será reconhecido o direito de fiscalizar a utilização desse mecanismo de trabalho, sem com essa prática violentar a intimidade do obreiro¹.

Sobre o tema, parece-nos apropriada a transcrição de dois arestos do Tribunal Superior do Trabalho, o primeiro deles da relatoria do Ministro João Oreste Dalazen e o segundo da lavra do Ministro Ives Gandra Martins Filho, relevantes, respectivamente, pelo pioneirismo e pelo didatismo:

“PROVA ILÍCITA. *E-MAIL* CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vin-

1 Dissemos ao início do parágrafo que tal visão é “voz praticamente corrente”, já que existe quem dela ainda divirja. Vide, a propósito, SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 131: “O Direito não acompanha o avanço da tecnologia. Por isso, não há legislação regulamentando a utilização do *e-mail* corporativo no local de trabalho. Não obstante, se o empregador fornece senha individualizada para o empregado utilizar o *e-mail* da empresa, a nosso ver também esse *e-mail* está tutelado pelo sigilo das correspondências e telecomunicações, vale dizer, tem proteção constitucional quanto à privacidade (art. 5º, V, X e XII, da CF)”.

culação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime, exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à internet e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inciso III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail* corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de instrumento do reclamante a que se nega provimento.”²²

“PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA ILÍCITA. ACESSO PELO EMPREGADOR À CAIXA DE *E-MAIL* CORPORATIVO FORNECIDA AO EMPREGADO. ÓBICE DA SÚMULA Nº 126 DO TST. (...) 2. *In casu*, pretende o reclamante modificar a decisão vergastada, ao argumento de

2 TST, RR 613/2000-013-10-00.7, Ac. 1ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 10.06.05.

que a prova acostada aos autos é ilícita, porquanto consubstanciada no acesso à sua conta de *e-mail* pessoal, quando o Regional, ao enfrentar a questão, entendeu que a prova era lícita, porque se tratava de acesso, pela Reclamada, ao conteúdo do *e-mail* corporativo fornecido ao Reclamante para o exercício de suas atividades funcionais, do qual se utilizava de forma imprópria, recebendo fotos com conteúdo que estimulava e reforçava comportamentos preconceituosos. Além disso, os *e-mails* continham conversas fúteis que se traduziam em desperdício de tempo. (...) 4. Por outro lado, ainda que o presente recurso não ultrapasse a barreira do conhecimento, a controvérsia em torno da licitude ou não da prova acostada pela Reclamada, consubstanciada no acesso à caixa de *e-mail* corporativo utilizado pelo Reclamante, é matéria que merece algumas considerações. 5. O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas. 6. A concessão, por parte do empregador, de caixa de *e-mail* a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho. 7. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do *e-mail* corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à internet, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei. 8. Assim, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de *e-mail* corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa. 9. Nessa esteira, entendo que não se configura o cerceamento de defesa a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de *e-mail* fornecido pelo empregador aos seus empregados. Agravo de instrumento desprovido.”³

3 TST, AIRR 1542/2005-055-02-40, Ac. 7ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 06.06.08.

Situação muito diferente, como já sinalizado nos julgados antes reproduzidos, seria se o empregador se dispusesse a fiscalizar a utilização do *e-mail* pessoal do seu empregado. Nesse caso, por certo, a intimidade do trabalhador seria letalmente ferida. Em hipóteses que tais, ainda assim, para que o empregador resguarde os seus interesses, basta vedar, por via de regulamento de empresa ou documento equivalente, a utilização dos computadores e provedor da empresa para envio da correspondência eletrônica pessoal dos seus empregados. Uma vez rastreado o uso do computador e constatada a violação da norma interna, o empresário poderá dispensar o trabalhador até mesmo por justa causa em caso da insistência obreira na prática, fazendo-o com arrimo no art. 482, *h*, da CLT (ato de indisciplina ou insubordinação), sem necessitar propriamente monitorar o conteúdo da correspondência pessoal do empregado.

Feito o introito anterior, não mais abordaremos essa angularidade da matéria, à qual remetemos o leitor que nela deseje aprofundamento à nossa obra doutrinária⁴. O escopo do trabalho, doravante, será o de debater a validade do *e-mail*, em si considerado, como prova judicial.

De acordo com o art. 408 do CPC/2015, a força probatória dos documentos particulares está intimamente ligada à assinatura do signatário. De outro tanto, embora alguns documentos como as cartas, os registros domésticos e determinadas anotações não assinadas possuam algum valor comprobatório, demandam, para tanto, a redação de próprio punho do autor (arts. 415 e 416 do CPC/2015).

É de se intuir, portanto, que o problema da assinatura seja o epicentro da discussão alusiva à eficácia probante da correspondência eletrônica. Como se não bastasse, até mesmo os leigos em informática (categoria na qual nos enquadrados) sabem que os *e-mails*, antes de chegarem ao destinatário, percorrem um longo e aleatório caminho no universo virtual, em cujo percurso podem ser facilmente interceptados por terceiros, sofrendo parcial ou total desvirtuação de conteúdo. Demais disso, os chamados *hackers* conseguem, sem maiores dificuldades, enviar *e-mails* falsos, por via de um endereço eletrônico verdadeiro, mas pertencente a outrem.

Tais constatações permitem ter ideia da vulnerabilidade da correspondência eletrônica e, por corolário, da questionável honorabilidade probatória dos *e-mails*. Sem embargo, o fato é que contemporaneamente a correspondência eletrônica já é considerada como a forma de comunicação mais utilizada no mundo.

Foi partindo desses supostos que o Executivo brasileiro editou a Medida Provisória nº 2.200/01, que, nos termos do seu art. 1º instituiu a Infraestrutura

4 CESÁRIO, João Humberto. *Provas no processo do trabalho*: de acordo com o novo Código de Processo Civil. Cuiabá: JHC, 2015. p. 94-101.

de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

De acordo com o art. 10, § 1º, da mencionada Medida Provisória, as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários.

Como se vê, a certificação de responsabilidade da ICP-Brasil instituiu no plano prático a chamada “assinatura digital”⁵, contornando uma das polifaces do problema alusivo à confiabilidade probatória da correspondência eletrônica⁶. Nada obstante, o fato objetivo que ainda hoje desafia os juristas, é que a certificação digital de documentos eletrônicos ainda não se popularizou como é desejável.

-
- 5 Importante destacar, sobre o tema da assinatura digital, a lição de: CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 449 e 450: “A assinatura eletrônica é a denominação geral para as diferentes formas de autoria de um documento eletrônico. É, basicamente, um código que identifica o remetente e pode ser anexado a uma mensagem transmitida eletronicamente. Do mesmo modo que uma assinatura manual, aposta em um documento, não é apta para provar a autenticidade, a assinatura digital também precisa ser autenticada por uma entidade, denominada autoridade certificadora, que é uma espécie de cartório virtual. A autoridade certificadora se vale do método criptográfico, para produzir duas chaves: uma privada, entregue ao tomador de serviço, e outra pública, que fica no site da empresa certificadora, disponível para qualquer interessado que queira verificar a autenticidade do documento. Além da assinatura, as entidadesificadoras também podem autenticar a data e a hora da mensagem enviada. Quem envia uma mensagem pode apor sua assinatura digital no documento, devendo o destinatário, se desejar, para ter certeza da sua autenticidade, compará-la com a chave pública em poder da autoridade certificadora. Logo esse cartório virtual é apenas um terceiro na cadeia comunicativa, com a função de administrar e de publicar as chaves públicas, além de emitir certificados, os quais permitem verificar a identidade de uma pessoa, inclusive no plano da capacidade civil e da sua qualificação profissional. O documento informático, sem assinatura, pode adquirir valor probatório somente se no processo é instaurado o contraditório, não sendo idônea a sua utilização nos processos em que o contraditório é diferido (v.g. no processo monitorio). Já o documento informático, com assinatura eletrônica, possui valor probatório em si mesmo, podendo ser livremente valorado”.
- 6 Parece-nos pertinente destacar os dispositivos da Lei nº 11.419/06 (que dispõe sobre a informatização do Processo Judicial) adiante reproduzidos: “Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei. § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. § 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se: I – meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; II – transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; III – assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos. Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais”.

DOCTRINA

Justamente por isso é que o art. 10, § 2º, da MP nº 2.200/01, estatui que o disposto no § 1º não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive daqueles que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

É de se concluir, com efeito, que se a cópia de uma mensagem enviada por *e-mail* (ou mesmo por instrumentos de comunicação instantânea como, por exemplo, o aplicativo Whatsapp) for veiculada como prova no caderno processual, o juiz deverá tomá-la por válida se a parte contra quem foi produzida não impugná-la. Tal possibilidade se reforçará se o magistrado notar, pelas circunstâncias dos autos, que a comunicação eletrônica era comum entre os litigantes. Aludidas provas, dessa maneira, vêm sendo aceitas pela Justiça do Trabalho. Colhemos, a propósito, a jurisprudência:

“DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. Para que se configure situação capaz de ensejar condenação indenizatória por dano moral é imperativo que o réu seja responsável pelo ato ofensor e, ainda, que haja o necessário nexos causal entre o ato e o dano experimentado pela parte ofendida. *In casu*, restou comprovada a remessa de correspondência eletrônica de autoria do gerente-geral da reclamada, à reclamante e outros dois gerentes, onde seu estado gestacional fora referido de forma velada e pejorativa, *e-mail* esse que tornou-se de conhecimento geral na agência e ensejou gracejos e piadas inconvenientes, que afetaram a esfera psicológica da reclamante, possibilitando, assim, concluir-se que houve dano moral, com responsabilidade do empregador que responde pelos atos que seus prepostos praticarem nessa qualidade e, ainda, o nexos de causalidade entre o primeiro e segundo requisitos. Devida a indenização por dano moral, porque este é evidente diante do abuso de direito comprovado pela prova oral e documental.”⁷

De outro lado, se o interessado impugnar a prova assim produzida, o julgador deverá, estribado no art. 10, § 2º, da MP nº 2.200/01, que, como visto, preconiza além da certificação de responsabilidade da ICP-Brasil, a utilização de outros meios de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrônicos, ordenar, com fulcro no § 3º do art. 422 do CPC/2015, a realização de perícia capaz de resolver a celeuma. Sobre o tema, é oportuna a transcrição da lição do professor Willian Santos Ferreira:

7 TRT/MT, 01459.2005.007.23.00-2 RO, Ac. 1ª T., Rel. Des. Tarcísio Valente, publ. 16.01.07.

“O desafio não está na adoção ou não do *e-mail* como prova, pois é impossível não considerar o documento. (...) a dificuldade está nos casos em que houver impugnação do *e-mail* pela parte contrária, pois nesses casos, desde que o questionamento reúna argumentos razoáveis, ter-se-á a necessidade de discutir e aclarar, se importante para a solução do fato probando, se o *e-mail* foi enviado, se foi recebido, quem foram os envolvidos como emitentes e destinatários, bem como se o conteúdo é autêntico, o que poderá impor a realização de perícia. (...) Aqui, há uma necessária parametrização com o incidente de falsidade, lembrando-se que é importantíssima a manutenção do *e-mail* em formato eletrônico e não apenas impresso, pois será o primeiro que viabilizará eventual perícia, em nítida sintonia com o original e a cópia em papel. A adoção cada vez mais comum do sistema de certificação digital, no Brasil denominado ICP-Brasil, irá mitigar os questionamentos, pois amplia as medidas de segurança (com a utilização de chaves públicas e privadas) e torna mais difícil os questionamentos em torno da assinatura, conteúdo, envio e recepção de *e-mails*, desde que certificados.”⁸

A prova técnica, no caso, será importantíssima para a dissolução do impasse, pois como preconiza o professor Otávio Pinto e Silva, “a adulteração deixa pistas que podem ser detectadas por perícia, pois, à semelhança do papel, um arquivo eletrônico também deixa marcas se for adulterado”⁹.

Sempre que viável, porém, o juiz deverá coligir outros elementos probatórios que corroborem ou rechacem os fatos relacionados com o conteúdo da mensagem, para assim reforçar a fundamentação do seu veredito, podendo, quando possível, até mesmo dispensar a realização da sempre tormentosa prova pericial para o deslinde da matéria.

3 – O USO DE PÁGINAS DA INTERNET COMO PROVA JUDICIAL

Outra matéria bastante original no campo documental é aquela que diz respeito à validade das provas obtidas nas páginas da internet, especialmente em sítios de relacionamento como o Facebook, Twitter e o Instagram, ou de exibição de vídeos como o Youtube.

Para uma adequada visualização dos impasses jurídicos que tal fenômeno é capaz de gerar, reproduzimos, abaixo, as valiosas palavras do professor Alexandre Agra Belmonte, que além de ocupar o importantíssimo cargo de

8 FERREIRA, Willian Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. p. 83.

9 SILVA, Otávio Pinto e. *Processo eletrônico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 102.

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, foi no Brasil um dos primeiros estudiosos a tratar com profundidade da matéria:

“As redes sociais constituem meios ágeis e eficientes de comunicação e relacionamento social. É possível ter acesso a elas no ambiente de trabalho por meio de computadores funcionais, celulares e *tablets*, com as comunicações alcançando em tempo real pessoas e comunidades as mais distantes; também é possível acessar as informações postadas pelos trabalhadores e estes exporem publicamente sobre a empresa na qual trabalham e até formarem comunidades; e desta forma, novos problemas jurídicos decorrem de sua utilização.

Com efeito, da mesma forma que é possível ao trabalhador publicar informações que possam causar prejuízos ao empregador, a este também é possível ter acesso ao perfil do trabalhador e selecionar candidatos, promover ou inibir ascensões dentro da empresa conforme convicções, credo, orientação sexual e amizades reveladas em redes sociais.”¹⁰

A questão vem sendo enfrentada com alguma regularidade pelos tribunais, os quais, respeitadas algumas cautelas, têm emprestando validade probatória a essa modalidade documental. O fundamental a se destacar é que provas desta natureza geralmente não carregam consigo a certeza de autoria, pois principalmente em ambientes como o Facebook e congêneres são comuns os perfis que não passam de *fakes* (perfis falsos). Tais espécies probatórias, assim, em regra, clamam pela complementação emanada de outros elementos, como a prova oral, tanto na modalidade do depoimento pessoal quanto da oitiva de testemunhas.

De qualquer modo, há de se realçar que tecnicamente a origem de uma publicação pode ser descoberta por intermédio dos chamados endereços IP (*Internet Protocols*), aumentando consideravelmente a possibilidade de identificação do autor de uma ofensa veiculada na internet, principalmente naquele contexto em que a agressão virtual parte de um micro de uso particular. Nesse caso, contudo, a quebra do sigilo de dados depende de autorização judicial. Vale reprodução, nesse sentido, o valiosíssimo ensinamento do professor Eduardo Cambi, tratando de caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“O Superior Tribunal de Justiça, em caso de envio de mensagens anônimas, pela rede mundial de computadores, com o intuito de difamar, considerou que a quebra do sigilo cadastral de provedor de internet so-

10 BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*: e a tutela das questões jurídicas relacionadas ao uso das redes sociais. 2. ed. São Paulo: LTR, 2014. p. 108.

mente é possível com autorização judicial. A vítima das ofensas ingressou com ação cautelar de exibição de documentos, requerendo que o provedor da internet informasse os dados pertinentes ao emitente e quanto ao local de envio das mensagens. O STJ entendeu que nenhum remetente anônimo pode se valer da internet para ofender e denegrir a imagem e a reputação de outrem. A inviolabilidade do sigilo de dados, caso não fosse admitida, permitiria que alguém ofendesse sem ser descoberto, desprezando a existência de meios que possibilitam rastrear e, portanto, localizar o autor das ofensas. Explicou que, por meio dos endereços IP (*internet protocols*), é possível identificar cada micro da rede, porque cada um deve ter um endereço IP diferente e todos devem estar na mesma faixa. O endereço IP é dividido em duas partes: a) a primeira identifica a rede na qual o computador está conectado; b) a segunda, o computador dentro da rede. Assim, todos os endereços válidos de IP, na internet, possuem dono. Quando alguém se conecta a internet recebe apenas um endereço IP válido, emprestado pelo provedor de acesso. Por intermédio desse número, é que os outros computadores ligados na internet podem enviar informações e arquivos.”¹¹

Ligado à questão técnica anteriormente posta em debate, parece-nos recomendável, para uma adequada visualização da matéria, fazer uma breve distinção entre os chamados “provedores de conteúdo ou de serviços de informação” e os denominados “provedores de conexão ou de acesso”¹². Estes últimos (provedores de conexão ou acesso), naturalmente, são as empresas que proporcionam o acesso do consumidor à internet (podemos citar, entre outras, Tim, Claro, Vivo, etc.). Já aqueles primeiros (provedores de conteúdo ou de serviços de informação) são pessoas, físicas ou jurídicas, que ofertam conteúdo próprio ou de terceiros aos consumidores de informações (como, por exemplo, UOL, Terra, Facebook, Instagram, Twitter, etc.).

Ocorre que o provedor de conteúdo ou de serviço de informação, quando a tanto instado judicialmente (recorde-se da proteção do sigilo de dados prevista no art. 5º, XII, da Constituição), fornece ao interessado apenas o IP de onde partiu uma publicação com potencial lesivo publicada na rede. O fato, entretanto, é que o número do IP, por si só, pouco ou nada resolve. É preciso mais.

Assim é que, a partir dele (do número de IP), o interessado pode se dirigir a uma série de endereços eletrônicos a partir dos quais consegue investigar qual foi o provedor que viabilizou o acesso do agressor à rede com relativa simpli-

11 CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 122-123.

12 Vide, para aprofundamento no assunto, o conteúdo da Lei nº 12.965/2014, também conhecida como Marco Civil da Internet, especialmente o seu capítulo III.

cidade¹³, colimando, uma vez angariada tal informação, instá-lo (o provedor), pela via judicial própria (recorde-se, mais uma vez, da proteção do sigilo de dados prevista no art. 5º, XII, da Constituição), a indicar os registros cadastrais que permitirão identificar o usuário que, uma vez conectado à rede no momento da agressão virtual, a teria praticado.

Posto isto, como desdobramento do tema até agora tratado, três tópicos merecem análise em apartado, diante da relevância que possuem. São eles: a) o problema da vulnerabilidade das informações contidas nas páginas da internet; b) a questão da ata notarial; c) a possibilidade de o próprio juiz, espontaneamente, investigar páginas da internet, para a apuração da verdade factível dos fatos discutidos em juízo.

3.1 – A vulnerabilidade das informações contidas nas páginas da internet: as questões da “verdade ficta”, da “verdade real” e da “verdade factível”

Algumas questões não podem ser ignoradas quando pensamos na utilização de informações extraídas de páginas da internet para a produção de provas no processo, como, por exemplo, as seguintes: a) uma página, ainda que verdadeira, pode facilmente ser deletada ou editada pelo seu responsável, fazendo, assim, que em segundos o seu conteúdo desapareça ou seja alterado; b) uma página verdadeira pode ser invadida por terceiros que deletam ou alteram propositalmente o seu conteúdo; c) grassam na internet páginas falsas, de autoria atribuível a *fakes* que se passam por celebridades e até mesmo por pessoas desconhecidas com os mais variados propósitos; d) não é impossível navegar na internet com o escamoteamento do endereço IP (*internet protocols*) e até por via da subjugação remota de equipamentos eletrônicos pertencentes a terceiros; e) com a subjugação remota, além de o internauta dificultar a sua identificação, pode violar com facilidade dados binários alheios (*e-mails*, textos, vídeos, fotografias, etc.) sem autorização judicial, com a consequente extração de provas ilícitas.

É absolutamente recomendável, de tal arte, que nos preocupemos com o problema jurídico da confiabilidade que o Estado-juiz deve atribuir às provas extraídas de páginas eletrônicas. O fato concreto é que as provas digitais não podem ser enxergadas como panaceia capaz de resolver com máxima segurança todo e qualquer problema probatório. Muito ao contrário, elas podem perfeitamente induzir a uma percepção distorcida da realidade, conduzindo a magistratura a decidir equivocadamente.

13 Sobre o afirmado, sugerimos um teste, no qual o leitor deverá ir ao Google e fazer a seguinte indagação: *What's my ip address?*

DOCTRINA

Por outro lado, isso não pode de modo algum levar à compreensão de que devemos fechar os olhos para a virtualidade que cada vez mais consome o espaço na nossa existência. É óbvio que as provas eletrônicas não são 100% confiáveis. Mas tal constatação não significa, evidentemente, que elas mereçam a vala do desprezo. Se assim o fizéssemos, deveríamos igualmente desprezar as provas documentais analógicas (tão ou mais vulneráveis que os documentos digitais) e mais ainda as provas orais (notoriamente frágeis, mas superlativamente utilizadas no Processo do Trabalho) e até mesmo as periciais (que longe estão de serem irrefutáveis).

O fundamental em termos decisórios é que nos atenhamos a todo o acervo probatório, eximindo-nos de julgar com base em provas isoladas (princípio da unidade da prova). As provas eletrônicas, com efeito, podem e devem ser reforçadas por outros elementos probatórios, como o depoimento pessoal, a oitiva de testemunhas e, em última instância, até mesmo a prova pericial, se necessário for.

Como é palmar, o magistrado, por ocasião da decisão, se pauta muito mais por um juízo de probabilidade do que propriamente de verdade e certeza brutas. O importante, de tal arte, é que, em rechaçando as ideias de “verdade ficta” (contraditória em si mesma e eticamente descompromissada) e “verdade real” (redundante e paranoica), vislumbremos, por via do discurso argumentativo de todos os sujeitos do processo, a possibilidade de construção dialógica de uma “verdade factível”.

Idealmente falando, faz-se necessário atingir com o uso da régua probatória um ponto que se distancie quilometricamente da “verdade formal” (com o perdão da contradição) e se aproxime centimetricamente da “verdade real” (com o perdão da redundância). Esse ponto, que na realidade pode ser mais ou menos desbalanceado, mas jamais equidistante, é o que podemos chamar de “verdade factível” (ainda que a verdade, em essência, não comporte epítetos), que, calcada em um juízo de alta probabilidade, permite ao Estado-juiz bem distribuir a justiça, entregando a cada um dos litigantes o que é seu¹⁴.

3.2 – Páginas da internet e ata notarial

Como vimos no tópico anterior, um dos grandes problemas das provas extraídas das páginas eletrônicas é aquele relativo à possibilidade de as informações nelas contidas serem deletadas ou editadas em frações de segundo,

14 Para um estudo mais detalhado sobre as verdades ditas “real”, “ficta” e “factível”, vide: CESÁRIO, João Humberto. *Op. cit.*, p. 52-60.

comprometendo-se, com tamanha volatilidade, a perenidade necessária à honorabilidade probatória.

Tangenciando o problema, mas sem lhe dar uma solução concreta, os arts. 439, 440 e 441 do CPC/2015 dispõem genericamente, sem se restringirem às páginas eletrônicas mantidas na internet, que a utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade; que o juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurando às partes o acesso ao seu teor; e que serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

Desafiando melhor a dificuldade levantada, mas ainda assim laconicamente e sem aplicabilidade restrita às páginas eletrônicas, o art. 384 do CPC/2015 estabelece, por sua vez, que a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião (*caput* do art. 384 do CPC/2015), como no caso de dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos (parágrafo único do art. 384 do CPC/2015).

Ao assim dispor, o dispositivo legal enfocado trata da chamada “ata notarial”, que, resumidamente, pode ser vista como um instrumento público extrajudicial, lavrado mediante ata do tabelião competente (que é o “tabelião de notas”, nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 8.935/94), que sem emitir qualquer juízo de valor, narra objetivamente a existência e o modo de existir de algum fato juridicamente relevante, como, por exemplo, o conteúdo descritivo de uma página eletrônica. Sobre o instituto, vale a reprodução da lição de Willian Santos Ferreira:

“Como caixa de ressonância da sociedade, o processo, mais especificamente a seara probatória, vem sendo muito exigida, pois como é possível provar fatos ocorridos ou exibidos na internet? A resposta mais comum vem sendo a impressão de páginas e páginas, porém, em eventual questionamento, por serem facilmente editáveis, o grau de convencimento de um ‘documento impresso’ é muito pequeno. Subsídios para a sua demonstração poderão envolver a gravação de arquivos, o que usualmente não é um meio muito eficiente, até agregar à prova depoimentos de testemunhas que viram também a página antes de ter ‘saído do ar’. Mas tudo isso é muito novo e permite muita discussão. Outro caminho que vem sendo utilizado, não no escopo de permitir sua utilização no processo, eis que qualquer meio de reprodução é admitido (*rectius*, não vedado), porém o grau de convencimento é que vem sendo o

grande problema, é a adoção da chamada ‘ata notarial’ em que, solicita-se a um Tabelião (Cartório de Notas) a lavratura de uma ata em que, pelo computador do notário, são acessados endereços eletrônicos indicados pelo requerente do serviço notarial, e há o relato do dia, horário, conteúdo, imagens e até filmes, tudo descrito pelo Tabelião, cujas declarações do que ocorreu diante dele, por terem fé pública, agregam fortíssima carga de convencimento à prova exibida em juízo, transferindo o ônus da prova à outra parte, o que particularmente em nossa atividade profissional (a advocacia), vem sendo muito útil, eis que admitido judicialmente e raras vezes questionado o fato pela parte contrária.”¹⁵

Tal dispositivo, sem dúvida, é atualmente a forma mais eficiente e menos burocrática¹⁶ para que seja contornado o problema da volatilidade das informações inseridas em sítios digitais, já que por via dela podemos perenizar, por via da fé-pública reconhecida ao oficial cartorário, as informações que de outro modo se perderiam com facilidade pela exclusão ou pela edição de conteúdo.

Dito de modo mais explícito, não há como deixar de observar que a ata notarial prevista no art. 384 do CPC/2015, ao relacionar-se com o regramento disposto nos arts. 405 e 427 do CPC/2015, pode ser enxergada como um documento público que faz prova não só da sua formação, mas também da veracidade do conteúdo digital que o tabelião descreveu (art. 405 do CPC/2015), sendo dotada, assim, de fortíssima credibilidade probatória, que somente pode ser elidida quando declarada judicialmente a falsidade (art. 427 do CPC/2015).

3.3 – A atividade do juiz e a busca de provas na internet

Sem a pretensão de exaurimos o assunto, enfrentaremos uma última polêmica em torno da inexorável relação existente entre as páginas eletrônicas e as provas judiciais. É aquela que diz respeito à possibilidade, ou não, de o juiz, espontaneamente, investigar fatos na internet, para, ao depois, usar as conclusões extraídas dessa atividade investigativa nas suas decisões.

Quando pensamos no velho processo liberal, no qual o juiz era visto como um sujeito neutro e, portanto, eticamente indiferente, tal possibilidade haveria de ser repelida de plano. O fato, porém, é que vivemos a quadra his-

15 FERREIRA, William Santos. *Op. cit.*, p. 84.

16 Para se dar a ideia do quanto é simples obter atualmente uma ata notarial, podemos dizer que existem modos de requerê-la, produzi-la e recebê-la pela própria internet. Sem pretensão de fazermos propaganda de serviços prestados por terceiros, sugerimos a visita ao seguinte endereço eletrônico: <<http://www.atadigital.net.br>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

tórica de um Estado Democrático de Direito, na qual a relação processual está indiscutivelmente inserida no plano do interesse público.

Contemporaneamente, de tal arte, não existe margem ética para se impedir o Estado-juiz de subministrar a jurisdição no interesse de toda a sociedade e não apenas dos litigantes. Logo, não podemos de modo algum negar ao magistrado a iniciativa probatória, sob pena de retornarmos ao processo imanentista, que tratava a relação processual como negócio privado entre os contendores.

Tudo isso se reforça quando nos situamos no terreno processual trabalhista, que sem negar a perspectiva cooperativa, rechaça o adversarialismo e homenageia a inquisitividade. Não é por outra razão, aliás, que o art. 765 da CLT é forte ao estabelecer que o Juiz do Trabalho tem ampla liberdade na direção do processo, devendo velar pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Sustentados nos baldrames de tais argumentos, não são raras atualmente as situações em que magistrados trabalhistas investigam elementos probatórios na internet, para prolatarem com maior probabilidade de acerto as suas decisões. Podemos indicar, como exemplo do afirmado, o conhecidíssimo caso em que o renomado professor e magistrado Rodolfo Pamplona, com base em informações constantes do Twitter da cantora Ivete Sangalo, alinhou os seus fundamentos para resolver um processo sobre acidente de trabalho.

Na situação em questão, a reclamada alegava que embora a reclamante tivesse se acidentado enquanto dirigia um carro da empresa, tal fato não caracterizava acidente de trabalho, na medida em que a autora não estava trabalhando, mas apenas usando o automóvel para se dirigir a um *show* da mencionada cantora.

Visitando o Twitter da artista, o juiz Pamplona concluiu, entretanto, que o *show* ocorrera em horário absolutamente incompatível com o do acidente, razão pela qual a versão empresarial não era digna de credibilidade¹⁷. Vê-se, assim, que tal iniciativa pode ser muito eficiente para o desate de imbróglis semelhantes. A respaldar a possibilidade, reproduzimos a ementa de preciosíssimo acórdão da relatoria do Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior (TRT da 3ª Região), conhecido como uma das maiores autoridades brasileiras no campo do processo eletrônico:

17 Recomendamos, para uma melhor compreensão do episódio, que os leitores vejam um vídeo veiculado no portal G1, no qual o juiz Rodolfo Pamplona fala sobre o caso. Disponível em: <<http://migre.me/p23GI>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

“PRINCÍPIO DA CONEXÃO. OS AUTOS ESTÃO NO MUNDO VIRTUAL. Na atual era da informação em rede, na qual o ‘poder dos fluxos (da rede) é mais importante que os fluxos do poder’ (Castells), já não pode mais vigorar o princípio da escritura, que separa os autos do mundo. A internet funda uma nova principiologia processual, regida pelo novo princípio da conexão. O chamado princípio da escritura – *quod non est in actis non est in mundo* – encerrou no Código Canônico a fase da oralidade em voga desde o processo romano e até no processo germânico medieval. Com advento das novas tecnologias de comunicação e informação e as possibilidades ampliadas de conectividade por elas proporcionadas, rompe-se, finalmente, com a separação rígida entre o mundo do processo e o das relações sociais, porquanto o *link* permite a aproximação entre os autos e a verdade (real e virtual) contida na rede. O princípio da conexão torna naturalmente, por outro lado, o processo mais inquisitivo. A virtualidade da conexão altera profundamente os limites da busca da prova. As denominadas TICS passam, portanto, a ter profunda inflexão sobre a principiologia da ciência processual e redesenham a teoria geral tradicional do processo, a partir desse novo primado da conexão.”¹⁸

Uma ressalva, contudo, merece ser feita quanto ao tema. É mais do que recomendável, naturalmente, que antes de decidir o juiz exponha o resultado da sua pesquisa ao crivo do contraditório, de modo a que os litigantes tenham as suas considerações, inclusive com possibilidade de impugnarem a prova desse modo colhida, evitando, com isso, as chamadas “decisões-surpresa” (*sentenza della terza via*, no dizer dos italianos). Não é por outro motivo que o art. 10 do CPC/2015 dispõe, com tintas fortes, que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar.

4 – O REGISTRO ELETRÔNICO DE PONTO

A Portaria MTe nº 1.510/09 disciplina os requisitos para a utilização do registro eletrônico de ponto. Antes de tudo, importa dizer que o documento em questão não tornou obrigatória a utilização de tal modalidade de controle de jornada, na medida em que o art. 74, § 2º, da CLT continua a indicar que o registro pode tanto ser manual, mecânico, quanto eletrônico. Há de ficar claro,

18 TRT 3ª R., RO 1653-2011-014-03-00-3, Ac. 1ª T., Rel. Des. José Eduardo de Resende Chaves Júnior, publ. 29.06.2012.

DOCTRINA

dessarte, que o empregador somente se verá obrigado a observar os ditames da aludida portaria se por acaso se valer voluntariamente do REP.

Segundo o art. 2º da Portaria MTe nº 1.510/09, o sistema de registro eletrônico de ponto deve registrar fielmente as marcações efetuadas, não sendo permitida qualquer ação que desvirtue os fins legais a que se destina, tais como: a) restrições de horário à marcação do ponto; b) marcação automática do ponto, utilizando-se horários predeterminados ou o horário contratual; c) exigência, por parte do sistema, de autorização prévia para marcação de sobrejornada; d) existência de qualquer dispositivo que permita a alteração dos dados registrados pelo empregado.

Coerente com tais regramentos, o art. 10 da Portaria MTe nº 1.510/09 vaticina que o REP deverá atender, entre outros, aos seguintes requisitos: a) não permitir alterações ou apagamento dos dados armazenados na Memória de Registro de Ponto; b) ser inviolável de forma a atender aos requisitos do art. 2º; c) não possuir funcionalidades que permitam restringir as marcações de ponto; d) não possuir funcionalidades que permitam registros automáticos de ponto.

É importante realçar ainda, que o art. 7º da Portaria MTe nº 1.510/09 estatui que o REP deverá: a) receber diretamente a identificação do trabalhador, sem interposição de outro equipamento; b) obter a hora do Relógio de Tempo Real; c) registrar a marcação de ponto na memória de registro de ponto; d) imprimir o comprovante do trabalhador.

Esta última disposição (relativa à impressão do comprovante do trabalhador) é adensada pelo art. 11 da Portaria MTe nº 1.510/09, que esclarece que o “comprovante de registro de ponto do trabalhador” é um documento impresso para o empregado acompanhar, a cada marcação, o controle de sua jornada de trabalho, contendo as seguintes informações: a) cabeçalho contendo o título “Comprovante de Registro de Ponto do Trabalhador”; b) identificação do empregador contendo nome, CNPJ/CPF e CEI, caso exista; c) local da prestação do serviço; d) número de fabricação do REP; e) identificação do trabalhador contendo nome e número do PIS; f) data e horário do respectivo registro.

De tudo o quanto exposto, duas questões práticas merecem enfrentamento no campo probatório, razão pela qual delas trataremos doravante.

A primeira diz respeito ao ônus da prova. Ocorre que não são poucos aqueles que têm dito que, uma vez cumpridas as formalidades da Portaria nº 1.510/09, o empregado teria sempre em mãos o chamado “comprovante de registro de ponto”, razão pela qual estaria obrigado a trazê-los para os autos todas as vezes que se dispusesse a discutir judicialmente a sua jornada, circunstância

que inviabilizaria a incidência da Súmula nº 338, I, do TST em tais hipóteses, não havendo margem, assim, para a chamada inversão do ônus da prova.

A questão é mesmo tormentosa e, por isso, difícil de ser desafiada. A sua resposta, naturalmente, merece temperanças. Parece-nos que são dois os seus principais aspectos, a saber: a) o empregado alega que embora tenha registrado no seu “comprovante de registro de ponto” um determinado número de horas, acabou por receber um número inferior no seu “recibo de pagamento”; b) o empregado alega que anotou a saída, mas continuou a trabalhar, sem que a sobrojornada ficasse registrada no “comprovante de registro de ponto”.

Na primeira das situações, obviamente, o próprio empregado terá interesse de trazer para o caderno processual o “comprovante de registro de ponto” e o “recibo de pagamento”, para, cotejando-os, demonstrar a sua razão. Já na segunda, entretanto, não nos parece necessário que o empregado traga para os autos o “comprovante de registro de ponto”, até porque, de antemão, o preconiza como ideologicamente falso. Nesse caso, parece-nos razoável compreender-se que a Súmula nº 338, I, do TST continua a reger a matéria. Assim, se o empregador trazer o “espelho de ponto eletrônico” para os autos, o ônus da prova será do empregado. Caso não o traga, presumir-se-á como verdadeira a jornada da inicial, atribuindo-se o encargo probatório ao empregador.

A propósito do quanto asseverado na parte final do parágrafo anterior, vale indagar se o “espelho de ponto eletrônico” eventualmente trazido pelo empregador para o interior dos autos deverá estar assinado pelo empregado para ser tido como válido. A resposta nos parece negativa. Ocorre que, como antes visto, o art. 7º da Portaria MTe nº 1.510/09 estatui que o REP deverá receber diretamente a identificação do trabalhador, sem interposição de outro equipamento. Tal identificação, em regra, é realizada pelo sistema biométrico ou por cartão. Portanto, uma vez respeitado tal regramento, a identificação biométrica ou por cartão, constituída em verdadeira assinatura digital, suprirá com sobras a ausência de assinatura analógica no “espelho de ponto eletrônico”.

A respeito do tema, não custa sublinhar que o § 1º do art. 11 da Lei nº 11.419/06 esclarece que os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

DOCTRINA

No mesmo diapasão, finalmente, sobreleva realçar que o art. 425, V e VI, do CPC/2015 diz que fazem a mesma prova que os originais os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem; bem como as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.

5 – O USO DE FOTOGRAFIAS DIGITAIS COMO PROVA JUDICIAL

Denunciando o ambiente analógico da sua edificação, o art. 385, §§ 1º e 2º, do CPC/73 estabelecia que as fotografias utilizadas como prova deveriam vir para os autos acompanhadas dos respectivos negativos.

O fato, entretanto, é que o mundo experimenta hoje a era eletrônica, sendo raras, contemporaneamente, as fotografias originadas de negativos. Justamente por isso é que o art. 422 do CPC/2015, principalmente no seu § 1º, procurou disciplinar a utilização de fotos digitais como prova no processo.

Dizíamos já no nosso livro *Provas e Recursos no Processo do Trabalho*¹⁹ (que veio ao mundo em março de 2010), que tais fotografias são demasiadamente suscetíveis à perpetração de fraudes por montagens. Assim, a utilização delas como prova em juízo desdobrar-se-ia basicamente em duas situações.

Na primeira delas, se o interessado não impugnasse a fotografia, o juiz a teria por plenamente válida. Na segunda, se ele arguisse a falsidade material do documento fotográfico, o juiz ordenaria a realização de exame pericial para solver o imbróglio.

Tal solução acabou por ser absorvida pelo art. 422 do CPC/2015, que depois de dizer mais genericamente na sua cabeça que qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida (disposição que, na essência, repete o art. 225 do Código Civil), diz mais expressamente, no seu § 1º, que as fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que

19 CESÁRIO, João Humberto. *Provas e recursos no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 114-115.

DOCTRINA

reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

Vale dizer ao fim do presente tópico, diante da correlação temática, que, em se tratando de fotografia publicada em jornal ou revista analógicos, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.

6 – CONCLUSÃO

Consoante demonstrado ao longo do presente trabalho, a legislação vem dando os seus primeiros passos no que diz respeito à parametrização da atividade probatória oriunda de ambiente digital.

Como não poderia deixar de ser, a jurisprudência dos tribunais ainda é vacilante sobre o tema, razão pela qual, não raramente, vemos decisões judiciais que claudicam na análise de tão delicada matéria, cada vez mais presente na vida em sociedade.

Em síntese conclusiva, podemos dizer que o fundamental quanto ao assunto é realçar a diretiva da necessária garantia da origem e do signatário para que os documentos produzidos eletronicamente sejam tidos como aptos à comprovação das alegações dos litigantes e terceiros em juízo.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho: e a tutela das questões jurídicas relacionadas ao uso das redes sociais*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

CESÁRIO, João Humberto. *Provas e recursos no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo Código de Processo Civil*. Cuiabá: JHC, 2015.

FERREIRA, Willian Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014.

SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, Otávio Pinto e. *Processo eletrônico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013.

EM QUE MEDIDA É ADEQUADO ESTABELECEM UM REGIME TARIFADO PARA A INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL?

Regina Stela Corrêa Vieira*

No presente texto, desdobramento de minha apresentação no Seminário *O “Novo” Direito e Processo do Trabalho: um Outro Olhar*, evento realizado no dia 30 de outubro de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, propus-me a responder a pergunta que se encontra no título deste artigo: em que medida é adequado estabelecer um regime tarifado para a indenização por dano extrapatrimonial? A resposta a ela, no momento do seminário, foi rápida e objetiva: em nenhuma medida. Isso, ao menos, se pensarmos que o paradigma da pergunta são os arts. 223-A a 223-G, que integram o Título II-A “Dano Extrapatrimonial” incluído na CLT pela referida lei¹.

Para melhor compreensão da crítica incutida na resposta negativa, passo agora a analisar alguns pontos da normativa, incluindo considerações sobre as mudanças trazidas pela MP nº 808/2017, que tentou ajustar os pontos controversos da Lei nº 13.467/2017, mas com a ressalva de que, ainda que a medida provisória tenha sido renovada por mais 60 dias², não há garantias de que o Congresso Nacional vote e aprove sua conversão definitiva em lei. Ou seja, trata-se de um cenário incerto, em que não é possível saber se as alterações da MP nº 808 continuarão a valer ou se serão rejeitadas, voltando-se ao texto original da reforma trabalhista.

Feitas essas considerações e antes de entrar na questão da parametrização da indenização por dano extrapatrimonial, importante colocar sua previsão no contexto do art. 223-A da CLT, que pretende que nada escape de sua tutela. Em seu texto, lê-se: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de nature-

* *Doutoranda e mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP, com estágio de pesquisa no Centre de Recherches Sociologiques et Politiques de Paris; integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC-USP).*

1 A redação do presente artigo foi concluída em 5 de março de 2017.

2 Até o dia 23 de abril de 2017 (BRASIL, 2018).

za extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Observa-se a gana do legislador em isolar o dispositivo do restante do ordenamento jurídico, como se essa “declaração de independência” do art. 223-A, nas palavras de Flávio da Costa Higa (2018, no prelo), eximisse-o de sua interpretação constitucionalmente orientada, o que dentro do ordenamento jurídico brasileiro é impossível, vez que hierarquicamente nada obsta a aplicação da Constituição de 1988.

Além disso, a tentativa de bloquear qualquer outra incidência normativa, que não a própria, sobre danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho, ignora a complexidade das relações humanas e a imprevisibilidade das condutas sociais. Isso fica claro quando tomado o art. 223-C, cuja mera hipótese de que o rol nele inserido seja taxativo é descabida. Tal como está escrito: “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”.

Na primeira leitura, salta aos olhos as muitas possibilidades de bens juridicamente tutelados que o ímpeto reformista deixou de lado. Pelas ferrenhas críticas recebidas por tal dispositivo, a MP nº 808/2017 previu nova redação, nos seguintes termos: “Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural”.

Desse modo, etnia, idade, nacionalidade, gênero e orientação sexual foram – ao menos temporariamente – incluídos no rol do art. 223-C. Ainda assim, a alteração não foi capaz de abarcar todas as formas possíveis de se hostilizar um ser humano. Sem a necessidade de elencar o que continua de fora do referido artigo – posso rapidamente citar a origem da pessoa, num país de forte migração regional –, faço minhas as palavras de Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 60): “(...) só nos resta concluir que o rol é meramente exemplificativo, podendo ser acrescidos outros fundamentos para a lesão extrapatrimonial; é o recurso de que o jurista dispõe quando nota a pouca seriedade do legislador”.

Tendo isso em vista, sigo para o alvo principal da presente análise, que cito em sua íntegra abaixo:

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

I – a natureza do bem jurídico tutelado;

DOCTRINA

- 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.”

Vale reforçar que os eventos agressivos que podem levar ao dano extrapatrimonial envolvem “uma multiplicidade de fatos, nuances e detalhes e cada um dos sinistros e dos eventos agressivos que permeiam as relações de trabalho”, de maneira que não há como o legislador querer englobar e prever todos, muito menos o valor de cada um para cada indivíduo (SILVA, 2017, p.

59). Logo, da leitura dos incisos de I a IV resta o questionamento: como colocar as várias formas de violência e as diferentes formas de adoecimento laboral em apenas quatro patamares?

A priori, se não é possível dizer “como” colocar em escalas a subjetividade do sofrimento humano, é possível responder o “porquê” de fazê-lo. O fator essencial, levado em consideração na edição da Lei nº 13.467/2017, foi a tentativa de garantir certo grau de previsibilidade jurídica para que a circulação e o acúmulo do capital sejam resguardados sem maiores empecilhos. A demanda pela fixação de parâmetros claros para que sejam enquadradas indenizações trabalhistas deriva do “mito” que ronda a Justiça do Trabalho de que ela funcionaria como uma loteria do dano moral. Afinal de contas, nada mais assustador para a lógica neoliberal, por mais contraditório que possa parecer, do que a exploração do trabalho estar sujeita a externalidades não reguladas que envolvam aportes monetários aos trabalhadores e trabalhadoras.

Portanto, a justificativa para a fixação do tal regime tarifado para a indenização por dano extrapatrimonial teve como sustentação os destaques dados pela imprensa brasileira contra indenizações arbitradas na Justiça do Trabalho, tidas como exorbitantes (SILVA, 2017, p. 59). Curiosamente, para muitos dos críticos do Direito do Trabalho nacional, o ideal a ser alcançado é o padrão estadunidense, repetindo o mantra de que “os EUA não têm CLT” (CASAGRANDE, 2017), ao mesmo tempo em que deixam de mencionar que é justamente na jurisprudência daquele país que foram consagradas condenações civis de caráter punitivo – na língua original, *punitive damages* –, de modo completamente desvinculado do salário das vítimas.

A esse respeito, cabe um breve parêntesis sobre a figura dos *punitive damages*, que, por mais que não se confundam com os danos extrapatrimoniais aqui em debate (que entrariam na categoria de *compensatory damages*), valem como exemplo dessa desvinculação. Tomando as explicações de Flávio da Costa Higa (2016a), é justamente a “relativa imprevisibilidade do montante condenatório constitui um dos grandes valores intrínsecos” desse instituto jurídico, por se tratar de “garantia de eficácia” para que os agentes econômicos não possam escolher, por meio de simples cálculo matemático, se optarão entre “cumprir a lei e pagar as sanções pecuniárias, contingenciando escolhas orçamentárias pautadas apenas no critério de maior lucratividade” (HIGA, 2016a, p. 405-406)³.

3 Para maior aprofundamento sobre *punitive damages*, ver: HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva*: os “punitive damages” no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Além dos *punitive damages*, outro instituto estadunidense que demonstra a existência de instrumentos jurídicos que podem, sim, ser aplicados com pulso firme na seara trabalhista são as *class actions*. Merece ser citado aqui o paradigmático caso *Jenson v. Eveleth Taconite Company*, primeira ação coletiva nos Estados Unidos por assédio sexual, que tratou do sofrimento causado às empregadas nas jazidas de ferro da empresa devido ao ambiente inóspito, que decorria dos abusos verbais e visuais por parte dos empregados homens, além de casos de molestamento (HIGA, 2016b, p. 496). Em 1998, foi firmado acordo entre as 15 mulheres que ajuizaram o pleito e a empresa, fechando o valor global da indenização em US\$ 3.500.000,00 (*idem*, p. 497)⁴.

Fechando parêntesis, mas considerando as ponderações aqui apresentadas, parece evidente que longe de delinear parâmetros legais para o arbitramento das indenizações por danos extrapatrimoniais decorrentes de relações de trabalho com intuito de garantir segurança para ambas as partes na relação de trabalho, o que os legisladores reformistas fizeram, foi simplesmente tirar da cartola a exigência de que os valores fixados se encaixem em uma das quatro faixas relacionadas à gravidade do dano – leve, média, grave ou gravíssima.

Ao criar esse regime tarifado mal fundamentado, o art. 223-G acaba por instituir duas categorias de pessoas: os cidadãos e os empregados, pois se “se um/a cidadão/ã sofrer dano moral, o Judiciário não estará limitado para definir a indenização”, contudo, “se essa pessoa for empregado/a ofendido pelo patrão, o Judiciário passa a ter que agir de modo distinto e se submeter a limites que não existem em outras relações que não de trabalho” (CORREGLIANO *et. al.*, 2017, p. 10).

Agrava ainda mais a situação o fato de o salário contratual do empregado ter sido utilizado como base de cálculo para a indenização, o que transpassa a seguinte mensagem, decodificada por Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 61): a dor do pobre é menor que a dor do rico. Talvez não seja necessário lembrar que esta imposição da Lei nº 13.467/2013 viola o princípio constitucional da isonomia, definido do art. 5º, *caput*, mas é importante aclarar que, ao “precificar os danos extrapatrimoniais”, a legislação dita que “dois trabalhadores/as que sofreram dano da mesma intensidade, circunstância, pelo mesmo ofensor, com o mesmo método e a mesma gravidade terão indenizações distintas conforme o salário que receberem” (CORREGLIANO *et. al.*, 2017, p. 10).

Por conseguinte, instituir uma lógica que define uma indenização maior para salário maior fere o também o art. 7º, inciso XXXII, da Constituição,

4 Posteriormente, a história foi retratada por Hollywood, no filme *Terra Fria* (2005).

que proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, em uma evidente incoerência que “desconsidera a capacidade econômica do ofensor, fixa indenizações díspares, não pela severidade do dano e sim pela posição e remuneração do trabalhador ou da trabalhadora” (TEIXEIRA, 2017, p. 27).

Essa disparidade, não é preciso de muito esforço para concluir, terá efeitos perversos em determinados grupos sociais. Se “a carne mais barata do mercado é a carne negra”⁵ – uma vez que os homens brancos têm o mais alto rendimento médio do Brasil, equivalente a R\$ 2.393,00, seguidos pelas mulheres brancas, homens negros e, na base da pirâmide, pelas mulheres negras, com a renda média mais baixa, de R\$ 946,00 (IPEA, 2016, p. 13) –, não é difícil identificarmos as trabalhadoras e trabalhadores que mais lidarão com as consequências de terem seu sofrimento computado na base de cálculo de alguns empregadores.

Devido a tamanho absurdo legislativo, a MP nº 808/2017 alterou o referido dispositivo, mudando o parâmetro do regime tarifado para o valor do teto dos benefícios do RGPS. Reiterada a possibilidade de que a MP não seja convertida em lei, o texto momentaneamente em vigência possui a seguinte redação:

“Art. 223-G. (...)

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

I – para ofensa de natureza leve – até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II – para ofensa de natureza média – até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III – para ofensa de natureza grave – até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou

IV – para ofensa de natureza gravíssima – até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Por fim, importante falar também do § 3º do art. 223-G, que prevê a majoração da indenização em caso de reincidência, mas limita sua aplicação a casos envolvendo as mesmas partes. Difícil colocar em palavras o quão

5 Referência à canção *A Carne*, de Seu Jorge, Marcelo Yuka e Ulisse Cappelletti, popularizada na voz de Elza Soares.

DOCTRINA

desconectada do ordenamento jurídico nacional é a previsão de que, no caso concreto, a magistrada ou o magistrado não poderá considerar como reincidência a repetição dos mesmos fatos, no mesmo local de trabalho, se com vítimas diferentes. Nesse sentido, basta considerarmos o art. 76 do Código Penal, no qual consta que a reincidência se configura “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Afinal, usando as palavras de Flávio da Costa Higa (2018, no prelo), “não teria a menor lógica (...) ser necessário matar ou aleijar duas vezes a mesma pessoa para reincidir”, já que, do contrário, ter-se-ia uma situação caricata a ponto de que “bastaria a Lucius Veratius tomar a precaução de espancar um romano diferente a cada vez, que ele jamais seria considerado reincidente”.

Tal como os demais aqui já apresentados, o referido dispositivo foi alvo da MP nº 808, passando a expor que “§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização”. Mais um exemplo das inúmeras tentativas de fazer com que a Lei nº 13.467/2017 seja um pouco mais coerente, tanto em termos gerais, quanto especificamente no tratamento das indenizações por danos extrapatrimoniais.

Como visto, a título de encerramento, muitas arestas continuam soltas em relação ao tema aqui abordado, que ainda irão render uma série de debates na seara jurídico trabalhista. Enquanto isso, vale firmar ponto acerca da inconstitucionalidade do regime tarifado para indenização por dano extrapatrimonial⁶, ao menos nos termos instituídos pela atual redação dos arts. 223-A a 223-G da CLT, pleiteando um debate amplo e democrático sobre o tema, de modo a compreender os anseios sociais a esse respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *MPV nº 808/2017*. Informações de tramitação, 2018. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2162296>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e o “sonho americano”: uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA. *Jota*, São Paulo, 11 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-11062017>>.

6 Deixo registrada a lição de Flávio da Costa Higa (2018, no prelo) a esse respeito, que se lembrou de que o STF já se manifestou sobre tarifação de dano moral (STF, RE 396.386/SP, 2ª Turma, DJ 13.08.04), oportunidade na qual entendeu que a limitação do montante da indenização prevista no art. 51 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

DOCTRINA

CORREGLIANO, Danilo Uler *et. al.* *Parecer técnico*: interpretações favoráveis aos trabalhadores e inconstitucionalidades da reforma trabalhista. São Paulo: Gebrim Advocacia, 2017.

HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 484-515, maio/ago. 2016b.

_____. *Danos extrapatrimoniais*. Ref. Lei nº 13.467/2017. Previsão de publicação: 2018. No prelo.

_____. *Responsabilidade civil punitiva*: os “punitive damages” no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016a.

IPEA. Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014. *Nota técnica*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016. Disponível em: <https://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2018.

TEIXEIRA, M. *O desmonte trabalhista e previdenciário*: reinventando novas formas de desigualdades entre os sexos. Análise n. 26/2017, Friedrich Ebert Stiftung Brasil, jul. 2017. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13555.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

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

DA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL QUANTO A EFETIVAÇÃO AO DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO*

Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso Nelson**

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson***

Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira****

1 – DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As Constituições, por serem o centro nevrálgico de todo o sistema jurídico de um Estado, são, naturalmente, inovativas, quando comparadas com as demais Cartas Políticas antecessoras, visto a mudança de toda

* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

** *Doutora em educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Bacharela e licenciada em enfermagem pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Especialista em Formação Profissional na Área de Saúde (Fiocruz/UFRN). Especialista em Saúde da família (Universidade Castelo Branco). Especialista em Enfermagem do Trabalho (Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA). Especialista em Educação Desenvolvimento e Políticas Educativas (Faculdades Integradas de Patos – FIP). Docente da Faculdade de enfermagem e do Programa de pós-graduação stricto sensu Saúde e Sociedade da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. E-mail: isacristas@yahoo.com.br.*

*** *Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara. Autor do livro Curso de Direito Penal – Teoria Geral do Crime – Vol. I (1ª ed., Curitiba: Juruá, art. 2016); Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena – Vol. II (1ª ed., Curitiba: Juruá, 2017). E-mail: rocconelson@hotmail.com.*

**** *Mestre em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN. Especialista em Jurisdição e Direito Privado pela ESMARN/UNP, especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela FESMP. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Auditora Federal, Advogada, Chefe da Auditoria Geral do IFRN. E-mail: walkyria.teixeira@ifrn.edu.br.*

a arquitetura jurídica com a entrada em vigor do novo documento solene que tem por desiderato limitar o arbítrio estatal.

Na história constitucional brasileira não se tem dúvida do vanguardismo da Constituição Federal de 1988, que introjeta novel institutos e plexos de direitos, em clara oposição ao sistema constitucional do regime da ditadura militar.

É nesse vanguardismo que a “Constituição Cidadã” foi a primeira Constituição brasileira a assegurar ao servidor público civil a liberdade referente à livre associação sindical e ao direito de greve¹, vindo, assim, a integrar o patrimônio jurídico dos servidores públicos.

“Art. 37. (...)

(...)

VI – é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.”

Afere-se de forma palmar que a natureza jurídica do regramento constitucional do art. 37, VII, da Constituição consubstancia-se em uma norma de eficácia limitada, conforme a clássica categorização do professor José Afonso da Silva, de sorte que a mesma, para produzir os seus efeitos, tem a necessidade de uma norma infraconstitucional integrativa.

Em suma: prescreve-se constitucionalmente o direito de greve do servidor público, mas o mesmo não é passível de exercício pleno até que sobrevenha a regulamentação através de lei específica.

Toda a problemática em tela é agravada em face da omissão do legislativo em disciplinar a matéria. Note que o regramento inserido na Magna Carta já possui pouco mais de 27 anos da sua publicação e o Congresso ainda se mostra inerte em ofertar lei que permita uma normatização quanto ao direito de greve do servidor público.

1 “A expressão tem origem no francês *grève*, com o mesmo sentido, proveniente da *Place de Grève*, em Paris, na margem do Sena, lugar de embarque e desembarque de navios onde vários gravetos eram trazidos pelo rio Sena. O termo *grève* significa originalmente “terreno plano composto de cascalho ou areia à margem do mar ou do rio”. Nesta praça os trabalhadores se encontravam, debatiam e deliberavam sobre as medidas a serem tomadas para interesse do grupo. Alguns empregadores também compareciam na *Place de Grève* quando queriam contratar mão de obra”. (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 1.359)

Neste diapasão, controvérsias surgem quanto à dimensão dos efeitos do *writ* constitucional do mandado de injunção, também surgido no bojo da Constituição Federal de 1988, visto que estaria a ação injuntiva limitada a mera declaração de omissão por parte do Poder Judiciário em relação aos deveres constitucionais do Poder Legislativo? E na sequência, indaga-se: Poderia o Poder Judiciário ir além da declaração de omissão e regulamentar a matéria omissa transitoriamente?

Insta lembrar que a problemática acima descrita vem à tona, no presente momento, através do julgamento do Recurso Extraordinário 693.436, o qual teve acórdão publicado recentemente (outubro de 2017), entendendo pelo desconto dos dias parados em face do reconhecimento da suspensão do vínculo funcional em relação a aderência ao movimento paredista.

Desta feita, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem-se por desiderato fazer uma análise sobre o direito de greve do servidor público, em sentido lato, bem como a efetivação de tal norma constitucional em decorrência da recente decisão do STF em sede de Recurso Extraordinário 693.436.

2 – DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA QUANTO AO DIREITO DE GREVE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A greve, enquanto instrumento de irrisignação do trabalhador, ganha um campo fértil de aceitação no seio da classe operária no início da revolução industrial². Nota-se que o trabalhador não se encontrava amparado por um conjunto de direitos básicos, sendo imposto a condições de trabalhos degradantes. Nesse diapasão, extrai-se a ilação óbvia de que a greve não se constituir-se-ia em direito, sendo, em verdade, uma conduta proibida.

A greve não só se afigurava como ilícito civil como fora tipificada como conduta criminosa. Assim se depreende da redação do Código Penal republicando de 1890 (Decreto nº 847):

“Art. 206. Causar, ou provocar, cessação ou suspensão de trabalho, para impor aos operários ou patrões aumento ou diminuição de serviço ou salário:

2 A segunda fase da Revolução Industrial ocorreu no período compreendido entre os anos de 1860 a 1900 no qual países como a Alemanha, França, Itália e Rússia também se industrializaram passando a utilizar energia elétrica, aço e dos combustíveis derivados do petróleo.

DOCTRINA

Pena – de prisão celular por um a três meses.

§ 1º – Si para esse fim se colligarem os interessados:

Pena – aos chefes ou cabeças da colligação, de prisão celular por dous a seis meses.

§ 2º – Si usarem de violencia:

Pena – de prisão celular por seis meses a um anno, além das mais em que incorrerem pela violencia.”

Na redação original do atual Código Penal, do início da década de 1940, a tipificação da greve como crime continuou a subsistir, pelo menos no que se refere a serviços públicos, cujo *nomes jures* era “paralisação de trabalho de interesse coletivo”: “Art. 201. Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa”.

Apesar da legislação da época só tipificar como crime a greve cometida por funcionário públicos, movimentos paredistas perpetrados pelos demais trabalhadores configurava ilícito civil nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

“Art. 723. Os empregados que, coletivamente e sem prévia autorização do tribunal competente, abandonarem o serviço, ou desobedecerem a qualquer decisão proferida em dissídio, incorrerão nas seguintes penalidades:

- a) suspensão do emprego até seis meses, ou dispensa do mesmo;
- b) perda do cargo de representação profissional em cujo desempenho estiverem;
- c) suspensão, pelo prazo de dois anos a cinco anos, do direito de serem eleitos para cargo de representação profissional.

Art. 724. Quando a suspensão do serviço ou a desobediência às decisões dos Tribunais do Trabalho for ordenada por associação profissional, sindical ou não, de empregados ou de empregadores, a pena será:

- a) se a ordem for ato de Assembléia, cancelamento do registro da associação, além da multa de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), aplicada em dobro, em se tratando de serviço público;
- b) se a instigação ou ordem for ato exclusivo dos administradores, perda do cargo, sem prejuízo da pena cominada no artigo seguinte.”

DOCTRINA

É importante destacar que tanto o Código Penal como a CLT estavam em plena consonância com a norma constitucional que vedava explicitamente o uso da greve como instrumento de pressão por parte dos trabalhadores para reivindicar direitos.

Assim encontra-se prescrito no art. 139 da Constituição Federal de 1937:

“Art. 139. Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

A greve e o *lock-out* são declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.”

O direito de greve enquanto preceito constitucional de natureza fundamental só veio a ser resguardado na Constituição Federal de 1946, que possuía viés eminentemente democrático, em contraposição a Carta Política brasileira de 1937. No bojo da Carta de 1946, o assunto é discutido no art. 158: “Art. 158. É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”.

Ressalva-se, todavia, que o direito de greve do servidor público não se encontrava amparado, mas apenas o direito de greve em sede de relações privada, subsistindo, assim, o tipo penal do art. 201 do Código Penal, acima referido.

No que tange ao conjunto normativo vigente no período ditatorial brasileiro, observa-se um recuo na possibilidade de exercício desse direito. Em diversos diplomas a greve perpetrada no seio da administração pública encontrava-se por completo vedada, como, por exemplo, na Lei nº 4.330/64, que regulava o direito de greve:

“Art. 4º A greve não pode ser exercida pelos funcionários e servidores da união, Estados, Territórios, Municípios e autarquias, salvo se se tratar de serviço industrial e o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho.”

A Constituição Federal de 1967, em seu art. 157, § 7º, prescrevia a vedação da prática de greve no serviço público e atividades essenciais:

“Art. 157. (...)

(...)

DOCTRINA

§ 7º Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.”

Em face de um paradigma constitucional no qual a Constituição era descoberta de força normativa, fora imprescindível a publicação de dispositivos infraconstitucionais para poder dar concretude a regra constitucional retro. Exemplo disso é o Decreto-Lei nº 1.632/78, o qual dispõe sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional: “Art. 6º Incorre em falta grave, punível com demissão ou suspensão, o funcionário público que participar de greve ou para ela concorrer”.

Além da proibição relacionada à greve, de forma ampla, ainda houve a tipificação do ato na Lei de crimes contra Segurança Nacional (Lei nº 6.620/78):

“Art. 42. Fazer propaganda subversiva:

(...)

IV – realizando greve proibida;

(...)

Pena: reclusão, de 1 a 3 anos.”

Assim, no período da ditadura civil e militar de 1964, o servidor que se aventurasse a propor qualquer ação voltada para organizações do movimento paredista estaria sujeita a sanções de caráter penal, inclusive com prescrição de pena privativa de liberdade.

3 – DO DIREITO DE GREVE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No bojo da Constituição Federal de 1988, tem-se resguardado o direito de greve dos trabalhadores, de forma ampla e geral, com a redação do art. 9º:

“Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”

No corpo redacional do artigo retro, em específico no § 1º, há a determinação condicionando o exercício do direito a edição de lei, que disciplinará quais os serviços e atividades essenciais, bem como as hipóteses de atendimentos inadiáveis.

DOCTRINA

A referida regulamentação do direito de greve do trabalhador celetista encontra-se disposto na Lei nº 7.783/89, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, norteia o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências.

Avançando na redação constitucional, ao chegar no capítulo da Administração Pública, tem-se no art. 37, VII, o regramento constitucional, pela primeira vez, prescrevendo o direito de greve do servidor público, seja da administração pública direta seja da indireta, cujos limites do referido direito seriam definidos em lei específica:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.”

É factível que diversamente do visto com os trabalhadores celetistas que tiveram seu direito de greve disciplinado pela Lei nº 7.783 já no ano seguinte a promulgação da Constituição de 1988, o mesmo norte não foi fixado em relação aos servidores públicos, os quais vêm exercendo o seu direito de greve a margem de uma regulamentação específica e em meio a uma grande insegurança jurídica por omissão do Poder Legislativo.

Destaca-se que essa insegurança jurídica não se restringe aos servidores públicos, mas também alcança a sociedade, a qual amarga com os efeitos da paralisação de serviços essenciais por longuíssimos lapsos temporais.

É óbvio que a lei reguladora da greve no âmbito do serviço público não adveio com a celeridade como ocorreu com os trabalhadores celetistas, sem dúvida em decorrência do legado histórico de normas proibitivas quanto a realização da greve, em destaque do período da ditadura civil e militar de 1964, permanecendo a visão de que o servidor público não pode ou não deve paralisar suas atividades como forma de reivindicação. De sorte que a falta de interesse político sobre o assunto prolonga-se por quase três décadas.

Em face dessa realidade vem a pergunta: que instrumento poder-se-ia fazer uso para salvaguardar esse “novel” direito fundamental dos servidores públicos em realizar greve?

4 – DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO E O MANDADO DE INJUNÇÃO 712/PA

Constitui um *writ* constitucional o mandado de injunção, o qual se encontra prescrito no art. 5º, LXXXI, da Constituição Federal, o qual tem o desiderato de garantir o exercício do direito quando este é obstaculizado pela ausência de norma disciplinadora:

“Art. 5º (...)

(...)

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Aponta-se que o disciplinamento dessa garantia só ocorreu tardiamente, através da Lei nº 13.300/2016, fazendo-se uso, até a publicação do referido dispositivo legal, da lei do mandado de segurança, por analogia.

4.1 – Das teorias quanto aos efeitos da decisão judicial em sede de mandado de injunção

O problema nevrálgico da ação de mandado de injunção é, sem dúvida, o como proceder do judiciário quando do reconhecimento da omissão por parte do Poder Legislativo?

Os tribunais se posicionaram ofertando alguns entendimentos a fim de viabilizar o uso do direito constitucional.

A primeira tese foi da teoria não concretista, na qual o Poder Judiciário reconhece a mora, por meio de uma sentença meramente declarativa, restringindo-se a comunicar quanto ao reconhecimento da inércia a entidade competente, acarretando, em verdade, nenhum efeito de ordem prática, pois o exercício do direito continua obstaculizado por ausência de regulamentação³.

3 “MANDADO DE INJUNÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. FUNÇÃO PROCESSUAL. ADCT, ART. 8º, § 3º (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA). A QUESTÃO DO SIGILO. MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO. EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. WRIT DEFERIDO. (...) *O novo writ constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico ‘impõe’ ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. Reconhecido o estado de mora*

Na outra extremidade desenvolveu-se a teoria concretista com algumas ramificações. Prefacialmente tem-se a teoria concretista geral na qual o STF não só reconheceria a omissão mas regulamentaria o caso concreto com efeitos *erga omnes* até sobrevier o ato legislativo⁴.

Na outra ponta da teoria concretista desenvolveu-se no aspecto individual direta que entende que a regulamentação do caso concreto cingir-se-ia apenas ao autor da ação injuntiva⁵.

Por fim, pela teoria concretista individual intermediária seria dado um prazo para o órgão competente suprir a omissão. Sendo vencido esse prazo e perdurando a omissão o Judiciário asseguraria o exercício do direito.

A teoria retro fora ventilada no Mandado de Injunção nº 232/RJ, julgado em 1991, conforme se extrai da ementa, *in verbis*:

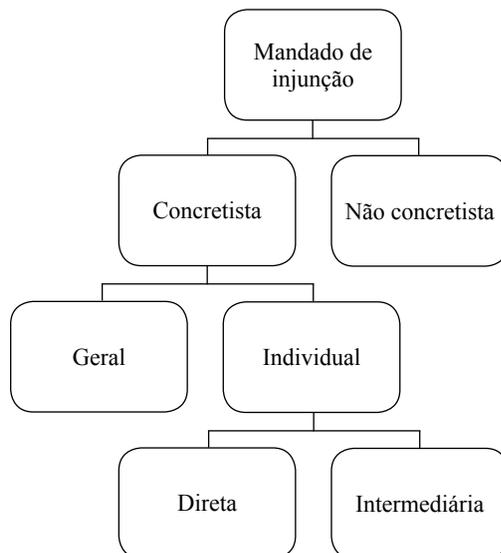
“MANDADO DE INJUNÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE PARA IMPETRAR MANDADO DE INJUNÇÃO POR FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º DO ART. 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ocorrência, no caso, em face do disposto no art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”⁶

inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se ‘prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, ‘desde logo’, a possibilidade de ajuizarem, ‘imediatamente’, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”. (STF, Pleno, MI 218/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o Acórdão Celso de Mello, j. 22.11.91, DJ 26.06.92).

- 4 Essa vertente era preconizada pelo professor José Afonso da Silva.
- 5 Nesse sentido é a doutrina do professor José Afonso da Silva: “O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. (...) Enfim, o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. (...)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 448-449)
- 6 STF, Pleno, MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 02.08.91, DJ 27.03.92.

DOCTRINA

Figura 1 – Trajetos percorridos conforme a teoria adotada



Fonte: autoria própria.

4.2 – Do entendimento do STF quanto à eficácia do mandado de injunção

Por muito tempo perdurou no seio do STF a posição da teoria não concretista, vindo, apenas, a reconhecer a omissão do legislativo perpetuando, assim, a inefetividade das normas constitucionais.

Em votos espalhados pela jurisprudência do STF constam alguns ministros apontando para uma teoria concretista individual intermediária. Foi apenas em 2007 que o STF vem por adotar uma teoria concretista geral, não só declarando a omissão do legislativo como normatizando o caso concreto com efeito geral para todo o país.

Tal entendimento é manifesto no corpo do Mandado de Injunção 712⁷ impetrado pelo sindicato dos trabalhadores do poder judiciário do estado do Pará (SINJEP):

“Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI, da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo art. 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral (art. 9º da Constituição do Brasil).

7 Foram julgados simultaneamente os Mandados de Injunção 670, 708 e 712.

Aplicação da Lei Federal nº 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos definidos por esta Corte. Continuidade do serviço público. Greve no serviço público. Alteração de entendimento anterior quanto à substância do mandado de injunção. Prevalência do interesse social. Insustentabilidade do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e à separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III, da Constituição do Brasil). Incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no art. 37, VII, da Constituição do Brasil.

1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente que os servidores públicos civis possam exercer o direito de greve – art. 37, inciso VII. A Lei nº 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo art. 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis.

3. O preceito veiculado pelo art. 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição.

4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes.

5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.

6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua autoaplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental.

7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela

defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve.

8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital – indivíduo ou empresa – que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público.

9. A norma veiculada pelo art. 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social.

10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque 'serviços ou atividades essenciais' e 'necessidades inadiáveis da coletividade' não se superpõem a 'serviços públicos'; e vice-versa.

11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n° 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício.

12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura.

13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2° da Constituição do Brasil) e a separação dos Poderes (art. 60, § 4°, III) – é insubsistente.

14. *O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico.*

15. *No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.*

16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no art. 37, VII, da Constituição do Brasil.”⁸ (Grifos nossos)

Numa análise acurada do inteiro teor do acórdão do Mandado de Injunção 712 do STF, a Suprema Corte apontou o conjunto de arts. da Lei nº 7.783/89 passíveis de se aplicar no caso da greve dos servidores públicos civis com os devidos ajustes e supressões.

Assim, ficou delineada a moldura normativa posta pelo STF, em um claro perfil de sentença aditiva, conforme desenvolvido no sistema constitucional italiano⁹:

“Art. 1º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Parágrafo único. O direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei.

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (*setenta e duas*) horas, da paralisação.

Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações

8 STF, Pleno, MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 27.10.07, DJe 31.10.08.

9 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.267.

DOCTRINA

da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

§ 1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.

§ 2º Na falta de entidade sindical, a assembléia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no *caput*, constituindo comissão de negociação.

Art. 5º A entidade sindical ou comissão especialmente eleita representará os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho.

Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I – o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II – a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14.

Art. 8º A Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decidirá sobre a procedência, total

DOCTRINA

ou parcial, ou improcedência das reivindicações, cumprindo ao Tribunal publicar, de imediato, o competente acórdão.

Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar *a regular continuidade da prestação do serviço público*.

Parágrafo único. É assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

(...)

Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, *em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho*.

Art. 15. A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.

Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.

(...)

Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (*lockout*).

Parágrafo único. A prática referida no *caput* assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.” (Grifos nossos)

Tem-se aqui um evidente exemplo de ativismo judicial¹⁰, em que em face da omissão do Legislativo o Judiciário é forçado ir além do mister e ter que disciplinar a questão da greve dos servidores públicos em consonância com a

10 “(...) a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.” (BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil

ideia de competências implícitas complementares¹¹, determinando, assim, balizas mínimas para o exercício do direito prescrito constitucionalmente, o qual fora obliterado pela mora quanto a promulgação de lei específica necessária.

Com o advento da Lei nº 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências, afere-se que o legislador adotou uma postura concretista individual direta, em um primeiro momento, mas permitindo a possibilidade de efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, o que se coaduna com o posicionamento concretista geral.

“Art. 9º A decisão terá *eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora*.

§ 1º *Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração*.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.”
(Grifos nossos)

5 – DA “MITIGAÇÃO” DO DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO E O TEOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 693.456

Através do Recurso Extraordinário 693.456, interposto pela Fundação de Apoio à Escola Técnica (FAETEC), tendo por Relator o Ministro Dias Toffoli, além da participação como *amicus curiae* de diversos sindicatos de servidores públicos como a Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras (FASUBRA) e a Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União, tem-se um abalo substancial quanto ao exercício do direito de greve ao entender que a paralisação das atividades configura suspensão do trabalho, devendo não ser pago os dias de paralisação,

contemporâneo. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo [Orgs.]. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 233).

“(…) A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017. p. 5.

11 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.272.

mesmo que a greve não venha a ser considerada abusiva, salvo acordo para compensação dos dias não laborados.

Destaca-se que a única ressalva feita no referido precedente para o não cabimento do desconto é quando a greve é fundada em ato ilícito do poder público.

In verbis, a transcrição da emenda do Recurso Extraordinário 693.456, o qual teve seu acórdão publicado apenas recentemente (outubro de 2017):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. QUESTÃO DE ORDEM. FORMULAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM QUE RECONHECIDA A REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E DIREITO DE GREVE. DESCONTOS DOS DIAS PARADOS EM RAZÃO DO MOVIMENTO GREVISTA. POSSIBILIDADE. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DO QUAL SE CONHECE EM PARTE, RELATIVAMENTE À QUAL É PROVIDO.

1. O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de não se admitir a desistência do mandado de segurança, firmando a tese da impossibilidade de desistência de qualquer recurso ou mesmo de ação após o reconhecimento de repercussão geral da questão constitucional.

2. A deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga.

3. O desconto somente não se realizará se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho, tais como aquelas em que o ente da administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorresse ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos.

4. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: ‘A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar

demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público’.

5. Recurso extraordinário provido na parte de que a Corte conhece.”¹² (Grifos nossos)

Ao se debruçar na seara trabalhista sobre a figura da suspensão e interrupção do contrato de trabalho, afere-se que a distinção não é ontológica, vindo a distinção ocorrer pelos efeitos determinados na prática. Ou seja, se em face da não prestação de serviço ocorrer o não pagamento da remuneração, além da não contagem dos dias parados com o tempo de serviço, estar-se-á diante de uma suspensão do contrato de trabalho. Em contrapartida, havendo pagamento da remuneração, quando da cessação temporária do trabalho, ficaria evidenciado a interrupção do contrato de trabalho.

Em decorrência de uma distinção ontológica entre os institutos retro, pode-se dizer que a ocorrência da suspensão ou interrupção do contrato de trabalho é algo completamente casuístico.

Assim, acredita-se que tal distinção não seja pertinente ao problema em tela, sendo a sua transposição do “direito privado” para a seara pública um fator que não agrega vantagens no processo hermenêutico.

Entende-se que a referida tese firmada pelo STF, em sede de repercussão geral, constitui-se em uma interpretação que restringe sobremaneira o legítimo direito ao exercício de greve dos servidores públicos, ao entender constituir-se em uma hipótese de suspensão do vínculo funcional, devendo, como ocorre em âmbito privado, o desconto imediato dos dias não trabalhados¹³.

12 STF, Pleno, RE 693.456/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.10.2016, DJe 19.10.2017.

13 Reconhecemos que a tese ora desenvolvida nesse ensaio é minoritária no bojo da doutrina que reconhece a greve dos servidores públicos como hipótese de suspensão do contrato de trabalho, o que ensejaria o corte no ponto. “Sustentamos que, apesar de a greve, nessas circunstâncias não ter respaldo legal, a simples manifestação pacífica no movimento não autorizaria a dispensa por justa causa, as permitiria o corte dos salários dos dias de paralisação, pois a ausência por motivo de greve, a teor da Lei n. 7.783, de 1989, é hipótese de suspensão do contrato” (BARRÓS, Alice Monteiro de. *Curso do direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 856).

“A regulamentação dessa questão é da maior importância, pois a partir de agora os servidores públicos deverão fazer greve sabendo que, diferentemente do que ocorreu até então, não terão direito ao pagamento de salários de forma automática durante a greve, porque suspensos os efeitos do contrato de trabalho (empregados públicos) ou do contrato administrativo (estatutários). Esse e outros direitos dependerão, especialmente, de um acerto com o administrador público. Ou seja, a greve para o servidor público passará a ser um risco, como ocorre para qualquer trabalhador. Cabe ao administrador pagar ou não os dias parados, sendo dele a responsabilidade, que, dependendo da situação, pode levar até à improbidade administrativa pela falta de zelo para com o erário e o interesse público”. (MELO, Raimundo Simão. *A greve no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 66)

DOCTRINA

A realidade laboral privada é muito distinta do serviço público. Em uma greve em sede de uma empresa privada (capitalistas X trabalhadores), as repercussões econômicas negativas dar-se-ão para ambas as partes, de sorte, tal circunstância impeli uma busca de uma solução ao litígio o mais breve possível.

Isso não se sucede em sede de esfera pública. Aponta-se, por exemplo, que é muito comum o Poder Público postergar as negociações com o comando da greve, principalmente, quando se fala da esfera estadual e municipal, podendo ultrapassar mais de 30 dias o início das primeiras negociações.

A sustação imediata dos vencimentos dos servidores públicos iria onerar apenas uma única das partes, além do prejuízo a sociedade de forma geral¹⁴. Ou seja, a aplicação literal da tese firmado do recurso extraordinário supra, sem os devidos ajustes constitui-se um sério embaraço ao uso do instrumento grevista como manifestação legítima dos servidores públicos.

Aponta-se, ainda, que o presente recurso fora posto em pauta para julgamento no STF, de forma muito conveniente, em época que estava eclodindo movimentos paredistas, no seio da administração pública federal e estadual, em 2016, logo após o traumático processo de *impeachment*. De sorte, que não se pode deixar de lado as possíveis inclinações políticas que podem ter de forma direta ou indireta pairado sobre o julgamento do Recurso Extraordinário 693.456 analisado.

Deve ficar claro que não se esta a defender um direito absoluto de greve sem limites ou algo similar.

Prefacialmente, por inexistência de lei específica que normatize o direito de greve no âmbito da administração pública, entende-se que a questão da legalidade e análise de condutas abusivas perpetradas devem ser aferidas em sede jurisdicional, posto que, diverso do que ocorre em sede *jus* trabalhista, não

14 Foi neste sentir voto do Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário 693.456: “No âmbito privado, uma greve deflagrada por uma dada categoria, paralisando a atividade econômica, impõe prejuízos imediatos aos capitalistas e aos trabalhadores. O empresário, sem a força de trabalho, tem sua atividade econômica em situação de perigo. Natural, portanto, que o prejuízo econômico imposto a ambas as partes seja um fator a impelir uma solução célere ao impasse. Capitalistas e trabalhadores, ambos prejudicados pela paralisação, tendem a ajustar seus interesses de modo que a atividade empresária retorne à normalidade o mais brevemente possível. Essa lógica, ao serviço público não se aplica. É certo que há serviços mais essenciais que outros. Entretanto, por vezes, a opção do Poder Público é postergar ao máximo o início da negociação, pelas mais diversas razões. Permitir o desconto imediato da remuneração dos servidores públicos significa que os prejuízos imediatos do movimento paredista serão suportados apenas por uma das partes em litígio. Essa lógica praticamente aniquilaria o direito de greve no serviço público. Impende registrar que não nos parece simétrica a lógica da greve nas relações trabalhistas interprivadas com a ambiência do serviço público. Cumpre evitar transposições que não atentem a essa diferenciação”.

há mecanismos institucionais de dissídios coletivos ou uma justiça do trabalho do servidor como ocorre na esfera privada.

Ou seja, o desconto de vencimento durante o lapso temporal do movimento paredista por parte da Administração Pública, sem amparo de decisão judicial, seria abusivo. Lembrar que a Administração Pública está limitada ao princípio da legalidade estrita e não há previsão legal de hipótese no corte de ponto de vencimento em decorrência de participação em greve.

Por fim, deixa-se algo a refletir. Nos últimos cinco a oito anos, greve no bojo do serviço público tem sido deflagrada, constante e sucessivamente, em todas as esferas da Federação. Se socorre da greve, medida extremada, dois pontos se evidenciam: 1º) há algo que não caminha bem na Administração Pública; 2º) se usa frequentemente a greve para tentar obter alguma solução é porque não há outros instrumentos de negociação ou eles são falhos. Havendo o castramento do direito de greve do servidor público pelo corte de ponto automático, o problema será direcionado e, ao final, a população vai ser a mais prejudicada.

6 – DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não acreditamos que deva ser feito o uso das expressões suspensão e interrupção do contrato de trabalho, que configuram essencialmente a mesma coisa no ponto de vista linguístico, quando versar sobre o direito de greve do servidor público, posto que não se identifica utilidade para solução do impasse jurídico, vindo-se a constituir-se em terminologias a técnicas quando dirigido ao servidor estatutário enquanto em um regime jurídico público.

Da mesma forma que o STF firmou uma tese, recentemente, quanto ao direito de greve dos servidores públicos, nós ousamos em firmar “uma” (ou “algumas”), também.

Primeiramente, a Administração Pública não poderá realizar desconto dos dias paralisados quando decorrente de prática ilícita perpetrada pela Administração Pública, *exempli gratia*, atrasos ou parcelamentos nos vencimentos dos servidores (subsídios) e empregados públicos (remuneração)¹⁵.

A Administração Pública só poderia ventilar a hipótese de desconto dos dias não trabalhados, durante o processo de paralisação, em caso de declaração

15 Triste realidade que se espalha como um câncer em metástase pelos Estados e Municípios da Federação brasileira.

judicial quanto à ilicitude do movimento grevista e ocorrendo a continuidade do mesmo em flagrante descumprimento de ordem judicial.

Após a cessação da paralisação, a Administração Pública, com ou sem a intervenção de sindicato, deve ofertar lapso temporal razoável para que aqueles que participaram da greve possam compensar as horas não trabalhadas, isso com o fito de evitar enriquecimento ilícito pelo recebimento dos vencimentos sem a contraprestação laboral.

O desconto nos vencimentos, seja durante a paralisação, quando em descumprimento de ordem judicial que reconhece a ilicitude da greve e ordena o retorno imediato, seja pela não compensação lapso temporal firmado pós cessação da paralisação deve ser precedido, necessariamente, de processo administrativo em que o devido processo legal seja respeitado.

Acredita-se que esse possa ser o melhor entendimento, no presente momento, enquanto aguarda-se a tão esperada lei específica para regulamentar o exercício de greve do servidor público¹⁶.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso do direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 91. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

16 “Tomando por base os sistemas comparados, a futura lei específica que vier regular o direito de greve do servidor público não poderá restringir em demasia o referido direito, sob pena de inviabilizá-lo. (...)” (MARTINS, Sergio Pinto. *Greve do servidor público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 97).

DOCTRINA

_____. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978. Dispõe sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, 4 de agosto de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1632impresao.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964. Regula o direito de greve, na forma do art. 158, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1º de junho de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/1950-1969/L4330.htmimpresao.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978. Define os crimes contra Segurança Nacional, estabelece sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 de dezembro de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6620impresao.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13300.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Greve do servidor público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Raimundo Simão. *A greve no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

A NATUREZA JURÍDICA DAS CLÁUSULAS DE RESCISÃO DOS JOGADORES DE FUTEBOL: CONTRIBUTO CRÍTICO A PARTIR DO CASO NEYMAR JR. VS. BARCELONA

Francisco de Assis de França Júnior*

1 – INTRODUÇÃO

A dinâmica social moderna impôs-nos a criação de uma série de mecanismos de controle destinados à satisfação das necessidades práticas das pessoas. O crescente desenvolvimento econômico – e, por consequência, o próprio mercado de trabalho – passou a exigir a manutenção de instrumentos – vinculados a um sistema jurídico – que fossem capazes de garantir, ainda que minimamente, alguma segurança nos negócios celebrados. O cumprimento das obrigações assumidas (*pacta sunt servanda*), ou seja, o respeito ao estabelecido entre os negociantes, desde que sejam capazes, que não existam anomalias nas declarações e que seja idôneo o objeto, é fundamental para uma estabilidade econômico-social¹.

É, portanto, nesse contexto que passamos a perceber com maior nitidez a figura do *contrato*, cuja existência, como vimos, precisa ser respeitada, esteja expressamente tipificada ou não. Regra geral, é uma *fonte das obrigações*² que nos é apresentada a partir da necessidade de se preservar dois de seus principais vetores: a *autonomia privada* e a *liberdade contratual*³. Ambas, aliás, ínsitas de um Estado de Direito Democrático. Por outro lado, também é de se reconhecer às partes a possibilidade de se desincumbirem do que foi pactuado, seja pela

* *Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Coimbra; professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL).*

1 Parte considerável de nossas reflexões no presente parágrafo encontra amparo em: PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 6.

2 ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 211.

3 Para uma análise pormenorizada, por todos, recomenda-se: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo. Coimbra: Coimbra, 2005.

via do acordo mútuo, seja unilateralmente, quando tal se admite legalmente. Essas vias de constituição e de dissolução, em casos envolvendo desportistas, gozam de singularidades que precisam de especial atenção⁴.

Ressalte-se, por oportuno, que partimos de um tempo em que os atletas jogavam mais *pela camisola*, pela identificação que nutriam com os clubes com os quais se relacionavam, em que a atividade desportiva era desenvolvida mais preponderantemente no âmbito do lazer, e aportamos numa época em que a escolha pela agremiação tem dependido, sobretudo, da quantia que se receberá em troca, em que a atividade a ser desenvolvida pelo atleta, muito longe de ter um caráter de recreação, faz parte de uma engrenagem altamente lucrativa⁵. A frequente divulgação das quantias vultosas utilizadas tanto na contratação de determinados atletas quanto no patrocínio de clubes dá-nos bem uma clara noção do que se passa no *mercado desportivo* na atualidade.

Nesse contexto, entre as inúmeras atividades desportivas que existem, é certamente na história recente do futebol, em especial o situado no espaço europeu, que as nuances desses elevados investimentos podem ser observadas mais enfaticamente. Os clubes europeus (e seus atletas) galgaram um nível de profissionalização tão elevado que seus desempenhos financeiros têm ultrapassado o de diversos países do próprio continente. Somente nos anos de 2015 e 2016, por exemplo, o time de futebol do Manchester United faturou cerca de 689 milhões de euros⁶, resultado melhor do que o Produto Interno Bruto da Suécia, que foi de pouco mais de 421 milhões de euros naquele mesmo período⁷. É, sobretudo, por isso que centraremos nossas atenções nesse nicho do desporto.

Dessa forma, dadas as circunstâncias (de tempo e de espaço), que nos recomendam um trabalho de cunho ensaístico, convém destacarmos que aden-

4 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 8.

5 Essa não foi uma movimentação exclusiva do futebol. Muitos outros esportes seguiram essa tendência. Para uma análise mais detida sobre o interesse crescente na atividade desportiva e em sua profissionalização, recomenda-se: MANDEL, Richard. *Sport: a cultural history*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1999; CAILLET, Michel. *Sport et civilisation: histoire et critique d’un phénomène social de masse*. Paris: L’Harmatta, 1996. Sobre o futebol europeu: LOURENÇO PEREIRA, Miguel; NUNO COELHO, João. *Noites europeias – uma história das competições europeias de clubes – 1897-2013*. Guimarães: Amor à camisola, 2013. Mais especificamente sobre o desporto em Portugal: NEVES, José; DOMINGOS, Nuno. *Uma história do desporto em Portugal*. Vila do Conde: Quidnovi, 2011. v. 1.

6 O time inglês foi o que mais faturou no período indicado, seguido dos espanhóis FC Barcelona (620,2) e Real Madrid (620,1). DELOITTE. *Top of the table – Football Money League. January 2017*. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/pt/pt/pages/consumer-business/articles/deloitte-football-money-league-press2017.html>>. Acesso em: 31 out. 2017.

7 EUROSTAT. Institutos Nacionais de Estatísticas – contas nacionais anuais. *Produto Interno Bruto (Euro)*. Disponível em: <<http://www.pordata.pt/DB/Europa/Ambiente+de+Consulta/Tabela>>. Acesso em: 31 out. 2017.

DOCTRINA

traremos, mais especificamente, no âmbito das medidas preventivas contra eventuais prejuízos provocados pela rescisão antecipada do contrato de trabalho dos jogadores de futebol junto aos clubes que os remuneraram. Tendo-se em conta os valores envolvidos nesse nível do mercado futebolístico, a previsão das tais *cláusulas de rescisão* – que é o que nos interessa –, comum nos contratos dos referidos profissionais, intenciona desencorajar, com a obrigatoriedade do pagamento de altíssimas compensações financeiras, a dissolução do vínculo contratual entre os envolvidos⁸.

Por fim, nosso principal objetivo é, a partir de uma pontual revisão bibliográfica, procurar definir a natureza jurídica das referidas cláusulas contratuais. Dito de outro modo: afigura-se como importante sabermos se elas se constituem como *cláusulas penais* ou como *multas penitenciais*, uma vez que seus efeitos devem variar conforme a classificação adotada. Ademais, levando-se em conta o fato de estarmos em solo português, é a sua legislação, bem como a sua doutrina, que recorreremos mais frequentemente para contextualizar nossa abordagem. E por se constituir na transação mais significativa da história do futebol, também nos utilizaremos do caso *Neymar Jr. vs. Barcelona*. Eis aí algumas das peculiaridades que *escalamos* para o *campo* das discussões que serão desenvolvidas adiante.

2 – ALGUMAS DAS PECULIARIDADES DO CONTRATO DE TRABALHO DOS JOGADORES DE FUTEBOL

A prática do futebol nem sempre esteve envolta no *glamour* atualmente vivenciado pelos atletas dos clubes mais conhecidos do grande público. Praticamente em todos os continentes, sob a liderança da *Fédération Internationale de Football Association* – FIFA, essa atividade desportiva galgou um padrão de profissionalização jamais visto na história. Antes marginalizados, os jogadores de futebol vinculados a essa rede internacional, de uns tempos para cá, passaram a gozar de um *status* que lhes tem permitido, inclusive, a representação honorífica da Organização das Nações Unidas – ONU em determinadas campanhas humanitárias⁹. O futebol tornou-se, definitivamente, um grande (e lucrativo) negócio.

8 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 21.

9 A relação de alguns dos jogadores agraciados com a titulação pode ser encontrada em: <<https://ajonu.org/2012/10/17/embaixadores-da-boa-vontade-das-nacoes-unidas-goodwill-ambassadors/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

DOCTRINA

Em virtude dos interesses que o cercam, com a participação em competições nacionais, regionais e internacionais, o pagamento de patrocínios, bonificações e direitos de imagem, a elaboração de um clausulado que permitisse às partes alguma confiança no cumprimento do pactuado tornou-se imprescindível. Era preciso, antes de tudo, evitar prejuízos. O contrato dos clubes com os jogadores de futebol, nos tempos modernos, ganhou proeminência no mundo dos negócios e proporcionou um entrelaçamento ainda mais intenso entre os direitos civil, econômico, empresarial e laboral. Por todas essas circunstâncias, o trabalho desenvolvido por esses profissionais e suas relações jurídicas com os clubes que representam e com seus parceiros goza de algumas particularidades.

A deflagração de todo esse processo evolutivo no desporto, que, numa tradução livre, Michel Caillet¹⁰ denominou de *desportivização*, despertou a atenção estatal, tanto por conta de seus interesses, sobretudo os econômico-tributários, quanto por conta dos interesses dos principais envolvidos. No caso de Portugal, o primeiro diploma normativo voltado ao contrato de trabalho desportivo surgiu com o Decreto-Lei nº 305/95, de 18 de novembro, embora já existisse uma Portaria de Regulamentação do Trabalho, publicada no Boletim do Ministério do Trabalho em 15 de junho de 1975, voltada às relações laborais dos futebolistas¹¹. Em seguida, a Lei nº 28/98, de 16 de junho, alterada pela Lei nº 114/99, de 3 de agosto, e, por fim, a Lei nº 54/2017, de 14 de julho, ora vigente.

Nos termos do diploma atualmente vigente, referido acima, em seu artigo 2º, conceitua-se o contrato de trabalho desportivo como: “aquele pelo qual o praticante desportivo se obriga, mediante retribuição, a prestar atividade desportiva a uma pessoa singular ou coletiva que promova ou participe em atividades desportivas, no âmbito de organização e sob a autoridade e direção desta”. Apesar da existência da Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro (Código do Trabalho – doravante CT), é da legislação especial que devemos preponderantemente nos valer na lida com a temática proposta. Não obstante, é de se ter atenção ao que determina o artigo 9º do CT: “Ao contrato de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código que sejam compatíveis com a sua especificidade”.

Se, *grosso modo*, um contrato de trabalho *normal* exige do contratado a prestação regular dos serviços e do contratante o pagamento pontual da quantia avençada, na atividade desportiva profissional as coisas são um pouco mais

10 CAILLET, Michel. *Sport et civilisation: histoire et critique d'un phénomène social de masse*. Paris: L'Harmatta, 1996.

11 BAPTISTA, Albino Mendes. *Estudos sobre o contrato de trabalho desportivo*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 16.

complexas do que a singela descrição. Segundo João Leal Amado¹², quanto ao objeto do contrato, por exemplo, sua prática é “efêmera, quando comparada com actividades comuns”. Para o autor, “trata-se, com efeito, de uma profissão de desgaste rápido”, com uma subordinação jurídica de “contornos particularmente intensos”, com a “laborização da vida privada”, tendo-se a “obrigação de integrar os chamados ‘estágios de concentração’”, para que tudo corra bem no *espetáculo* do qual o jogador é protagonista.

Há, portanto, uma relação obrigacional repleta de nuances, de cunho complexo e de caráter personalíssimo, não podendo o jogador, em caso de impossibilidade, fazer-se substituir por outro na prestação dos serviços acordados. Afinal, sua contratação para integrar o elenco de um clube se dá justamente por conta de habilidades peculiares que possui, a variar conforme a posição que assume em campo. A estatura, a agilidade, a impulsão, a explosão, a força, a persistência, a coragem, a precisão nos passes, a visão de jogo, a capacidade de raciocínio rápido, o manejo da bola, o drible, o equilíbrio, entre tantas outras características pessoais, alinhadas aos interesses do clube, acabam sendo levadas em conta quando da decisão de contratar.

Nesse tipo de contratação, a de um atleta profissional, diz-nos Jose Cabrera Bazan¹³, impõe-se como prestação básica a realização de seu próprio esforço, logo, “no cabe la sustitución, ni aun con la aceptación del empresario”. Não existe, ainda conforme defende o autor, uma “prestación sustitutiva, sino que es outro jugador quien passa con sus próprias energias a ejecutar su contrato particular e igualmente personalísimo, passando el primero a las filas de los suplentes y a esperar que el club se decida a poner *in actu* su prestación”.

Desse modo, é de se reconhecer que, sobretudo no esporte de alto rendimento, inserido no contexto de competições cujos ganhos ultrapassam as cifras dos milhões de euros, exige-se bastante das capacidades física e mental do atleta, facultando sua permanência no mercado altamente competitivo enquanto o vigor de sua saúde não estiver comprometido, seja por lesões comuns da prática desportiva, seja pela degenerescência própria do avançar da idade. Não há muito espaço para concessões nesse nível de profissionalização, razão pela qual, não por acaso, tem-se que o “contrato de trabalho do participante

12 LEAL AMADO, João. *Vinculação versus liberdade* – o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 57-58.

13 BAZAN, Jose Cabrera. *El contrato de trabajo deportivo* – un estudio sobre la relación contractual de los futbolistas profesionales. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961. p. 117.

desportivo contém já, ele próprio, um regime especial, com *desvios* ao regime regra dos contratos”¹⁴.

Na perspectiva do Doutor António Pinto Monteiro¹⁵, um desses *desvios*, tocando mais especificamente no tema da rescisão do contrato de trabalho do participante desportivo – o que aprofundaremos no próximo capítulo –, pode ser encontrado no fato de que no regime geral “o trabalhador pode fazer cessar o contrato por sua iniciativa, *licitamente, com ou sem justa causa* [artigo 400º do CT, por exemplo], ao passo que, relativamente ao contrato de trabalho desportivo, apenas lhe é *lícito* ‘rescindi-lo’ *com justa causa* [referência ao antigo artigo 26º, 1, *d*, da Lei nº 28/98, agora tal previsão se encontra no artigo 23º, 1, *d*, da Lei nº 54/2017]”. É, portanto, o contrato de trabalho do participante desportivo um contrato submetido às hipóteses de cessação previstas na lei.

Como bem destacado por João Leal Amado¹⁶, diferentemente do que ocorre com o trabalhador comum, “ao praticante desportivo que se veja confrontado com a oferta de um emprego mais atractivo (mais bem pago, com melhores condições de trabalho, num clube de maior prestígio, etc.) não é reconhecida a faculdade de, sem mais, se demitir e aceitar tal oferta”. Se tal vier a ocorrer, diz o autor, “essa demissão será ilícita”. Portanto, é de se concluir, diz ainda ele, que “todo aquele que deseje contratá-lo e adquirir os seus serviços terá de chegar a acordo, não só com o próprio praticante desportivo, mas também com a sua actual entidade empregadora”.

Na generalidade, é o trabalhador quem precisa ser compensado financeiramente com a dissolução do vínculo contratual. Não é, porém, o que se observa no caso dos contratos dos jogadores de futebol. Nesses casos, “é a actual entidade empregadora quem é compensada pela futura entidade empregadora do praticante, como contrapartida da abdicação, por parte da primeira, da exigência de cumprimento do contrato deste até à verificação do respectivo termo resolutivo”.¹⁷ Assim, à procura de precaverem-se de eventuais prejuízos, é cada vez mais frequente o estabelecimento das chamadas *cláusulas de rescisão*, que

14 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 8.

15 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 9.

16 LEAL AMADO, João. *Vinculação versus liberdade* – o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 276.

17 LEAL AMADO, João. *Vinculação versus liberdade* – o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 277.

“concede ao jogador o *direito de se desvincular* ante tempus”, atribuindo ao clube “uma *compensação pecuniária*”¹⁸.

Estamos, pois, diante de uma situação que pode se dizer *sui generis*, não só no âmbito dos contratos de trabalho, como também no próprio Direito do Trabalho, e que precisa ser devidamente tratada¹⁹.

3 – A NATUREZA JURÍDICA DAS CLÁUSULAS DE RESCISÃO: CLÁUSULA PENAL OU MULTA PENITENCIAL?

Como antevisto, as *cláusulas de rescisão* são mecanismos de prevenção utilizados para desencorajar a cessação do vínculo contratual antes do prazo avençado pelas partes. Permite-se, na prática, que o atleta possa se desvencilhar licitamente de suas obrigações para com o clube, que o consente antecipadamente, desde que haja uma compensação financeira²⁰. Em princípio, não há necessidade alguma de fundamentação para a rescisão, uma vez que a condição acordada é tão somente o pagamento do valor pecuniário, que, por sua vez, costuma ser alçado a valores inimagináveis. Temos uma rescisão contratual avençada antecipadamente por acordo entre as partes, conforme agasalhava o artigo 26º, 1, *b*, da Lei nº 28/98²¹, agora no artigo 23º, 1, *b e g*, da Lei nº 54/2017.

A propósito, pode-se até discutir, como o faremos sucintamente mais adiante, a existência de limites na estipulação do valor da compensação, permitindo-se que o trabalhador do desporto tenha preservado algum espaço de conforto na sua liberdade de profissão (previsão no artigo 47º da Constituição da República Portuguesa) e chegando-se até um valor que não lhe retire por completo a possibilidade de rescindir. No caso do legislador português, por exemplo, previa-se um limite no âmbito do artigo 27º da Lei nº 28/98. No entanto, questionávamos, como o fazia o Doutor António Pinto Monteiro²², se seria aquele um critério aceitável, já que condiciona o pagamento a ser feito ao “valor das retribuições que ao praticante seriam devidas se o contrato tivesse cessado no seu termo”, o que podia gerar injustiças. Agora, por força do artigo

18 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 21.

19 LEAL AMADO, João. *Vinculação versus liberdade – o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 51.

20 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 21-22.

21 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 23.

22 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 24.

24º, 2, da Lei nº 54/2017, há o acolhimento do *princípio da reparação integral do dano*²³.

De todo modo, as respostas que reputamos como as mais adequadas aos diversos questionamentos jurídicos sobre o tema precisam se coadunar com aquela que é, em nossa perspectiva, uma questão fulcral: sabermos qual especificamente é a natureza jurídica dessas *cláusulas de rescisão*. Estariam mais bem classificadas como cláusula penal ou como multa penitencial? Eis aqui, como se anunciou no início, nossa preocupação mais premente na confecção do presente trabalho. Vamos, então, ao que nos propusemos a fazer.

3.1 – A cláusula penal

Como dissemos no início, nosso parâmetro legal para a discussão será o sistema jurídico português. E nele, a base para as discussões que pretendemos fomentar encontra-se no Código Civil (doravante apenas CC), mais especificamente entre os artigos 809º e 812º. Estaremos, portanto, envoltos no grande tema da *fixação contratual dos direitos do credor*. Logo, importa-nos saber: até que ponto a autonomia privada pode atuar em caso de incumprimento contratual? Em que medida podem as partes, por acordo prévio, fixar seus direitos no próprio contrato? Diante do que a ordem jurídica prevê, como o credor poderá atuar para não arcar com os prejuízos pelo inadimplemento do devedor?

Sabemos, em termos de responsabilidade civil, que é possível a fixação dos direitos das partes no contrato, mas isso, obviamente, não pode ser feito de modo arbitrário. Existem limitações à liberdade contratual (artigo 405º do CC). Não se podem, por exemplo, colocar em causa bens considerados indisponíveis, como a vida. Sempre que estiverem em causa lesões a esses bens, não poderá atuar validamente a autonomia privada. Dessa forma, as cláusulas que tocam indevidamente nesses bens serão invalidadas junto à ordem jurídica portuguesa. Quando se fala em responsabilidade civil, no sentido amplo, convocam-se suas formas mais frequentemente conhecidas, como as cláusulas exoneratórias ou de exclusão de responsabilidade, as cláusulas limitativas da indenização e, nesse contexto, a *cláusula penal*²⁴.

23 LEAL AMADO, João. *Contrato de trabalho desportivo* – Lei nº 54/2017, de 14 de julho – anotada. Coimbra: Almedina, 2017. p. 151.

24 As cláusulas de exclusão da responsabilidade, por exemplo, que podem ser fixadas pelas partes no âmbito da autonomia privada e da liberdade contratual, não poderão ser consideradas válidas em caso de dolo ou culpa grave, embora aceitáveis em caso de culpa leve. PINTO MONTEIRO, António. Dano e acordo das partes. In: *1 jornadas luso-brasileiras de responsabilidade civil – 50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 9 nov. 2017.

Positivamente, dirá o Doutor António Pinto Monteiro, o legislador português regulou apenas a cláusula penal²⁵. Possibilita-se a fixação prévia, por acordo, do montante da indenização exigível (artigo 810º, 1, do CC). Tal cláusula “está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação” (810º, 2, do CC). O “credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação; é nula qualquer estipulação em contrário” (811º, 1 do CC). Ela ainda “obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes” e este “não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal” (811º, 2, 3, do CC).

Tem-se ainda, no mesmo diploma legal, a possibilidade de sua revisão nos casos em que a consequência estabelecida for *manifestamente excessiva* (artigo 812º do CC). Tal dispositivo tem servido como um limitador em caso de abusos no exercício da liberdade contratual²⁶.

Contemporaneamente, não deve soar como um absurdo a afirmação de que as cláusulas penais, sobretudo as de carácter indenizatório, estão presentes em praticamente todos os contratos comerciais. Essas cláusulas, *lato sensu*, entre outras coisas, serviriam para evitar, relativamente ao credor, as dificuldades inerentes à prova em juízo do dano sofrido. Por outro lado, também ao devedor elas devem interessar, pois este saberá exatamente o que lhe acontece em caso de incumprimento, tendo a vantagem de não ser surpreendido²⁷. Mas atenção, o que não se pode, interessa-nos destacar, é confundir a cláusula penal com uma mera cláusula limitativa da indenização, pois aquela estipula um montante invariável enquanto esta última, apenas um limite máximo (um *plafond*).

Fruto, portanto, do acordo entre as partes, as cláusulas penais nascem para resolver determinados problemas contratuais. A partir dessa perspectiva elas podem vir a ser: de fixação antecipada da indenização; exclusivamente compulsórias; ou propriamente ditas.²⁸ *Grosso modo*, no *primeiro* caso, assume-se

25 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 25.

26 Recomenda-se a leitura do recente artigo: PINTO MONTEIRO, António. O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão – diálogos com a jurisprudência. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4.004, maio/jun. 2017, p. 308-319. Voltaremos a tratar de eventuais limitações aos valores avençados pelas partes, ainda que de maneira lateral, mais adiante (subtítulo 3.4.).

27 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 35.

28 A classificação ora utilizada segue aquela encontrada em: PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990.

a função facilitadora da reparação, sem que tenham as partes de se preocupar com cálculos; no *segundo*, não se persegue propriamente uma indenização, mas forçar a execução de uma obrigação sob pena do pagamento de outra prestação mais gravosa do que a devida contratualmente; já no *terceiro*, legitima-se o credor a, se o devedor estiver em falta, exigir outra prestação, ainda mais gravosa, em alternativa à que era devida. Tem-se na cláusula penal, como constata Judith Martins-Costa²⁹, uma “multifuncionalidade”.

Em que pese sua peculiaridade legal, a cláusula penal, por vezes, tem sido confrontada doutrinariamente com figuras que, embora próximas, apresentam-se dogmaticamente de maneira diferente. Segundo o Doutor António Pinto Monteiro³⁰, “esta relação de parentesco ou de vizinhança entre a cláusula penal e outros institutos fica a dever-se, no essencial, às funções que aquela está vocacionada para exercer: a função compulsória ou a função indemnizatória”, podendo tais funções, ainda segundo o autor, serem prosseguidas “por diversas vias, sem que a cláusula penal tenha o privilégio da sua exclusividade”. Vias essas que, aos menos atentos, podem vir a confundir na prossecução da tarefa de identificação de suas naturezas jurídicas.

São, ainda da perspectiva do Doutor António Pinto Monteiro³¹, quanto às aproximações que comportam junto à cláusula penal, os casos da sanção pecuniária compulsória, das sanções de índole disciplinar, do sinal, da cláusula limitativa da indenização, da cláusula de garantia e, apesar de não elencado autonomamente pelo autor, e que há de nos interessar mais detidamente, da *multa penitencial*. Embora bem diferente da cláusula penal quanto aos efeitos que provoca na relação contratual, é dela, pelas ligações que possui com a temática que estamos a explorar, que trataremos a seguir.

3.2 – A multa penitencial

Diferentemente da cláusula penal, a multa penitencial não tem previsão expressa na ordem jurídica portuguesa, sendo uma figura atípica. Provavelmente por isso também não existam muitos trabalhos académicos dedicados a uma análise pormenorizada das suas peculiaridades. O que, convenhamos, parece-nos um contrassenso, porquanto a escassez de material a seu respeito deveria servir como combustível para que se preenchesse pioneiramente essa lacuna. Nesse passo, o que percebemos durante a pesquisa para o presente trabalho é

29 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil* – do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. II. p. 413.

30 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 107.

31 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 109 e segs.

que sempre que se escreve (ou se fala) sobre esse instrumento contratual, é de maneira *lateral*, tratando-se da multa penitencial ou de forma comparativa ou de forma exemplificativa³².

Ainda assim, imersos no âmbito de influência da autonomia da vontade e da liberdade contratual, existem aproximações possíveis entre a cláusula penal e a multa penitencial, especialmente se levarmos em consideração que ambas podem ser acordadas pelas partes como formas bem peculiares de se desvincularem do curso regular do contrato. No entanto, se a presença daquela importa, de um modo geral, na instituição de benefício em favor do credor, a multa penitencial é geralmente estabelecida em favor do devedor. Aqui, portanto, as partes se limitam a estipular, diz o Doutor António Pinto Monteiro³³, “a favor de uma ou de ambas, a faculdade de se desvincularem do contrato, mediante o pagamento de determinada soma”.

Desse modo, uma vez estabelecidas as bases jurídico-conceituais, é de se perceber que, existindo cláusula penal, o credor não está obrigado a recorrer necessariamente ao pagamento da pena, podendo recorrer à via da execução específica da obrigação anteriormente avençada. Já no caso da multa penitencial, esta se constitui numa espécie de *faculdade de arrependimento*, ou seja, a parte tem a faculdade de deixar de cumprir o contrato desde que pague o que acordou para tal. Segundo o Doutor António Pinto Monteiro³⁴, o contraente deixará de poder exigir o cumprimento do contrato, “dada a faculdade de livre arrependimento, que nele se convencionou”. Para o autor, “trata-se, por conseguinte, de um exemplo claro de obrigação com *faculdade alternativa* a parte debitoris”.

Ocorre que esta característica diferenciadora da multa penitencial, a saber, a de obstar a exigência do cumprimento regular do contrato, conforme o anteriormente acordado pelas partes, só se sustenta no caso de integralmente satisfeita a multa convencionada. Não basta uma mera comunicação de que a pagará. Enquanto persistir tal débito, o cumprimento da obrigação contraída originalmente pode (e deve) ser exigida pela parte insatisfeita. Lembra-nos o Doutor António Pinto Monteiro³⁵ que “o ‘dinheiro de arrependimento’ confere

32 No sentido de preencher essa lacuna, merece destaque o trabalho desenvolvido por Emanuel Raimundo Pereira de Sousa para a obtenção do título de Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: PEREIRA DE SOUSA, Emanuel Raimundo. *Da multa penitencial*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação do Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro.

33 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 185.

34 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 185.

35 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 186.

a qualquer das partes a faculdade de se desvincular – o que só acontece, porém, *se e na medida* em que for paga a quantia estipulada”. Há de se ter em conta que, ainda que por analogia, é possível corrigir abusos quanto aos valores com a utilização do artigo 812 do CC³⁶.

Como no caso das modalidades de cláusulas penais, pode também não ser fácil a identificação de uma cláusula que estabelece uma legítima multa penitencial. A elaboração do clausulado pelas partes nem sempre segue regras da clareza e de boa articulação entre as palavras do vernáculo, podendo, portanto, o seu resultado deixar dúvidas quanto à natureza da cláusula estipulada. Nesses casos, é de se recomendar, por respeito à razoabilidade e por consideração aos seus efeitos contundentes, que não haja presunções quanto à existência de uma multa penitencial. Na dúvida, diz-nos, uma vez mais, o Doutor António Pinto Monteiro³⁷: “como sucede no comum dos contratos, também no caso de se tratar de um contrato-promessa seria de interpretar a pena como verdadeira cláusula penal”.

Veja-se ainda a opinião de Adriano Paes da Silva Vaz Serra³⁸ a respeito da questão. Para ele, “se se estabelece que o devedor tem a faculdade de se libertar da obrigação principal pagando uma pena, não há, na realidade, uma pena convencional”, porquanto, na multa penitencial, “o devedor é que pode, prestando a pena, libertar-se da obrigação”, sem necessariamente ter de exigir a sua realização. De modo que, com base nas lições de Enneccerus-Lehmann, Vaz Serra afirma que “se não existe pacto especial, não é de supor que a intenção das partes seja a de atribuir à pena este caráter – o que parece razoável, dado ser de presumir que as partes querem obrigar-se ao cumprimento do contrato”. Adiante, o autor conclui: “na dúvida, deve admitir-se que as partes não quiseram atribuir-lhe aquela eficácia”³⁹.

Saber exatamente com qual tipo de cláusula de rescisão estamos a lidar, como vimos, pode não ser tão simples, o que deveria demandar um esforço das partes para que deixem muito claro, desde o início, o que esperam uma da outra em caso de eventual incumprimento. Ademais, no que toca à ordem jurídica portuguesa, persistindo o imbróglio, deve-se recorrer ainda às regras de interpretação da vontade das partes (artigo 236º do CC) e de integração do

36 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 24.

37 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 187.

38 VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Pena convencional. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n. 67, Lisboa, 1957, p. 38.

39 VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Pena convencional. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n. 67, Lisboa, 1957, p. 62.

negócio (artigo 239º do CC). Nesse último caso, “a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

No caso dos contratos dos jogadores de futebol, ao menos no nível que aqui procuramos enfocar, cujas quantias envolvidas estão sempre em patamares muito elevados (na casa dos milhões de euros), as partes e seus representantes acabam por se precaver de todas as formas possíveis para que tudo, especialmente as consequências do incumprimento, esteja previsto de maneira clara no contrato originário. Não seria, portanto, diferente na contratação que utilizaremos de parâmetro para nossa análise. Vejamos a seguir.

3.3 – *O caso Neymar Jr. vs. Barcelona*

Como é de domínio público, o jogador de futebol Neymar da Silva Santos Júnior foi transferido do Santos Futebol Clube para o Futbol Club Barcelona, em meados de 2013, para receber um salário de cerca de 49 milhões de euros⁴⁰.

Pelo pactuado entre as partes (cláusula 8.2.2.), em qualquer momento, desde que em comum acordo, elas poderiam resolver antecipadamente o contrato. Além dessa possibilidade, como era de se esperar, formularam-se também regras quanto à rescisão contratual antecipada por decisão unilateral do atleta. Pela importância que possuem para o contexto que estamos a analisar e pelas esclarecedoras disposições sobre a natureza jurídica que assumem, optamos por retratá-las na íntegra, mesmo correndo o risco de “sobrecarregar” a leitura⁴¹:

“8.2.3. Por decisión unilateral del JUGADOR para poder prestar sus servicios a otro Club, Federación o entidad deportiva:

8.2.3.1. Las normas federativas internacionales, así como los usos y costumbres comunitarios e internacionales, impiden que durante la vigencia del contrato un jugador pueda resolver, sin justa causa o justa causa deportiva, anticipadamente su contrato para prestar sus servicios a outro club, Federación o entidad deportiva en los términos temporales contenidos en sus normas reguladoras como el Reglamento FIFA sobre el estatuto y la transferencia de jugadores.

8.2.3.2. Sin embargo, el RD 1006/85, en su artículo 16, faculta a las partes a pactar una indemnización para el caso que o JUGADOR

40 O contrato originário do vínculo do jogador com o Futbol Club Barcelona está disponível em: <http://www.sport.es/es/ext_resources/pdf/contrato-neymar.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017.

41 Não há grifos no original.

decida resolver unilateralmente, sin justa causa o justa causa deportiva, el contrato. FIFA admite la aplicación del reseñado real decreto por tratarse de normativa de orden público que no puede ceder ante normas de derecho privado.

8.2.3.3. En consecuencia, *el JUGADOR puede resolver el presente contrato de trabajo sin sujeción a plazos de estabilidad o vinculación (“periodo protegido”/”periodo libre” en terminología FIFA), ni a eventuales sanciones relacionadas a los dichos plazos, siempre y cuando indemnice al CLUB en la cuantía y términos que más adelante se establecen de mutuo acuerdo entre las partes.*

8.2.3.4. Esta cláusula indemnizatoria es de aplicación en cualquier supuesto de extinción anticipada sin justa causa (excepto por desistimiento empresarial, mutuo acuerdo, justa causa y justa causa deportiva, de acuerdo con lo establecido en el REGLAMENTO DE LA FIFA sobre el Estatuto y la transferencia de los Jugadores) antes de la terminación natural del contrato, incluido el despido disciplinario procedente, y siempre y cuando la contratación por parte de otro Club se materialice antes de que hubiera llegado a su término la duración final, de haber subsistido el contrato. A efectos de calcular la justa causa deportiva de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de la FIFA, en ningún caso se tendrán en cuenta para el cómputo de los partidos disputados aquellos en que no haya podido ser alienado por lesión, por causa personal a petición del JUGADOR o por estar cumpliendo con sus obligaciones con la selección nacional

8.2.3.5. De común acuerdo, las partes establecen que, *por esta causa de resolución*, la indemnización que el JUGADOR o el responsable subsidiario, en su caso, de acuerdo con el art. 16 del RD 1006/85, o responsable solidario conforme a la normativa FIFA, deberá abonar al contrato en la fecha de cese al CLUB, *asciende a la cantidad de CIENTO NOVENTA MILLONES DE EUROS (190.000.000. €) más impuestos, si los hubiera. Este importe se actualizará con el incremento del IPC para el conjunto nacional, referido al período comprendido entre el primer día del mês de inicio de este contrato y el último día del mês penúltimo anterior al cese. El JUGADOR no podrá resolver el presente contrato, ni el CLUB autorizará la transferencia de su Ficha Federativa, ni podrá el JUGADOR ser contratado por club o entidad deportiva de ninguna clase, si previamente no se há materializado, integralmente, el pago indemnizatorio aquí convenido más los impuestos correspondientes.”*

Passados pouco mais de quatro anos, mesmo tendo renovado seu contrato com o clube espanhol até 2021, o meia-atacante brasileiro anunciou, em agosto de 2017, sua transferência para o Paris Saint-Germain Football Club. A ativação da cláusula de rescisão antecipada – nos moldes da colacionada –, necessária para que a transferência para o clube francês pudesse se concretizar, já previa, com o Índice de Preços ao Consumidor – IPC, o pagamento de 222 milhões de euros, o que foi feito, concretizando-se, assim, a transferência mais significativa da história do futebol mundial. O altíssimo valor estipulado pelos dirigentes do clube espanhol, com a anuência do próprio jogador, teria levado em conta a (teórica) impossibilidade que qualquer clube teria de acionar a cláusula sem que comprometesse sua gestão financeira.

Pela lógica que parece ser a defendida tanto clube espanhol quanto pela liga da qual faz parte⁴², os interessados no jogador brasileiro não teriam como contratá-lo sem violar as regras do *fair play* financeiro instituídas pela *Union of European Football Association* (doravante UEFA). Tendo por base mecanismos de prevenção contra dívidas, controle de gastos e a disseminação da ideia de uma necessária política de investimentos sustentável⁴³, que procura coibir excessos, a entidade máxima do futebol europeu poderia vir a colocar em xeque uma transação como a que referimos. O cumprimento de tais regras é o que permite que os clubes vinculados à entidade disputem competições financeiramente importantes como a *Champions League*.

Dito isso, importa-nos, a partir de agora, perscrutar a natureza jurídica da cláusula de rescisão pactuada entre o referido jogador de futebol e o clube ao qual prestava seus serviços. Pelas disposições contratuais já reveladas, que tipo de classificação seria a mais adequada para o caso? Ou seja, o que foi pactuado entre as partes seria uma cláusula penal ou uma multa penitencial? E mais: o valor estabelecido como condição para que o contrato fosse rescindido antecipada e unilateralmente, caso convocássemos a ordem jurídica portuguesa, estaria dentro dos limites permitidos? Eis sobre o que procuraremos, sucintamente, refletir.

3.4 – Resolvendo a questão

Antes de mais, é sempre necessário procurarmos compreender o que realmente as partes pretendiam quando pactuaram as disposições contidas no

42 Disponível em: <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2017/09/04/por-fair-play-financeiro-liga-espanhola-denuncia-psg-e-city-a-uefa.htm>>. Acesso em 6 nov. 2017.

43 Mais detalhes sobre as regras do *fair play* financeiro da UEFA podem ser observados em: <<http://pt.uefa.com/community/news/newsid=2065454.html>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

contrato. Como dissemos, em casos de dúvida substancial, deve-se recorrer às regras da interpretação e integração (236º e 239º do CC). No contexto da presente pesquisa, como antevisto, há de nos interessar o significado jurídico das cláusulas de rescisão dispostas nos contratos de trabalho dos jogadores de futebol, muito especificamente o caso *Neymar Jr. vs. Barcelona*, que nos serve de parâmetro para a discussão. É nele que percebemos um clausulado que tem se tornado cada vez mais comum nos contratos desse nível dos negócios desportivos.

Como destacam Miguel Cardenal Carro, José María González del Río e Emilio García Silvero⁴⁴, nos casos de resolução voluntária do atleta para que venha a se apresentar em outro clube, “ha sido habitual que los clubes españoles incluyan en los contratos de trabajo las denominadas ‘cláusulas de rescisión’, en las que se fija el importe de la indemnización que el desportista o, subsidiariamente la entidad deportiva que contrate sus servicios, debe satisfacer”. E concluem aduzindo que, com o intuito de desestimularem seus melhores atletas a se desfazer dos vínculos, os clubes têm pactuado, não raramente, valores desmesurados, “que poco o nada tiene que ver con la retribución que percibe el desportista”.

Diante das circunstâncias até aqui apresentadas, duas questões devem nos interessar mais detidamente a partir de agora: *primariamente*, procurar definir a natureza das cláusulas de rescisão nesses contratos; e, *secundariamente*, tentar verificar os limites do valor estipulado pelas partes. É preciso saber, com algum grau de segurança, repise-se, se estaríamos diante de uma cláusula penal ou de uma multa penitencial. Além disso, valores como os encontrados na rescisão do caso *Neymar Jr. vs. Barcelona* seriam aceitáveis, do ponto de vista da ordem jurídica portuguesa, ou ultrapassariam os limites da razoabilidade ora vigentes?

Basicamente – ao menos até antes do advento da Lei nº 54/2017, de 14 de julho –, duas posições merecem ser lembradas em Portugal. De um lado tínhamos os que partiam da ideia de que as cláusulas de rescisão seriam, na essência, modalidades de cláusulas penais (geralmente em sentido estrito). Seriam, por exemplo, os casos de João Leal Amado⁴⁵ e de Luís Menezes Leitão⁴⁶.

44 CARRO, Miguel Cardenal; RÍO, José María González del; SILVERO, Emilio García. Regulación laboral del trabajo desportivo en Europa y América (guía básica). *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento* – deportes, juegos de azar, entretenimiento y música, n. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 63.

45 LEAL AMADO, João. *Vinculação versus liberdade* – o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo. Coimbra: Coimbra, 2001.

46 MENEZES LEITÃO, Luís. Cláusulas de rescisão e cláusulas penais no contrato de trabalho desportivo. In: COSTA, Ricardo; BARBOSA, Nuno. *IV Congresso do Direito do Desporto*, Almedina, Coimbra, 2015.

Embora o primeiro autor tenha se inclinado no sentido de considerar as cláusulas de rescisão como cláusulas penais, deixava-nos o alerta para que não nos utilizemos de uma classificação do tipo automatizada, uma vez que elas “são um *genus* composto por duas grandes espécies, tanto podendo reconduzir-se a típicas cláusulas penais como a autênticas multas penitenciais”⁴⁷. Agora, João Leal Amado⁴⁸ argumenta que, “neste [novo] contexto normativo, a ‘cláusula de rescisão’ distancia-se claramente dos contornos típicos de uma cláusula penal, antes tendendo a analisar-se, segundo a lição de António Pinto Monteiro, numa autêntica multa ou arra penitencial”.

Já para Menezes Leitão⁴⁹, ao menos até a inovação legislativa, o resultado das cláusulas de rescisão seria “a estipulação de uma indemnização pelo incumprimento do contrato, neste caso através da sua resolução fora dos casos em que a lei admite, o que justifica integralmente a sua qualificação como cláusulas penais, para efeitos do artigo 810º do CC”.

Por outro lado, temos os que sempre se posicionaram no sentido de que as cláusulas de rescisão seriam legítimas multas penitenciais, pois, com o pagamento, desobrigam o devedor da obrigação principal. Essa é, por exemplo, a posição defendida pelo Doutor António Pinto Monteiro⁵⁰, bem como por Lúcio Correia⁵¹, Nuno Pinto de Oliveira⁵², Albino Mendes Baptista⁵³ e Pedro Romano Martinez⁵⁴. Tendo sido o primeiro quem, mais direta e elucidativamente, no espaço europeu, lidou com a problemática das cláusulas de rescisão no contrato dos jogadores de futebol. Dele, portanto, por todos os outros, iremos nos valer como referencial teórico para a abordagem crítica proposta.

47 LEAL AMADO, João. Ainda sobre as cláusulas de opção e de rescisão no contrato de trabalho desportivo. In: *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 209.

48 LEAL AMADO, João. *Contrato de trabalho desportivo – Lei nº 54/2017, de 14 de julho – anotada*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 154.

49 MENEZES LEITÃO, Luís. Cláusulas de rescisão e cláusulas penais no contrato de trabalho desportivo. In: COSTA, Ricardo; BARBOSA, Nuno. *IV Congresso do Direito do Desporto*, Almedina, Coimbra, 2015. p. 87.

50 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005.

51 CORREIA, Lúcio. *Limitações à liberdade contratual do praticante desportivo*. Lisboa: Livraria Petrony, 2008.

52 PINTO DE OLIVEIRA, Nuno. Clubes de futebol, jogadores e transferências: o problema da validade das “cláusulas de rescisão”. In: *Cadernos de Direito Privado*, n. 17, Braga, 2007.

53 BAPTISTA, Albino Mendes. Breve Apontamento sobre Cláusulas de Rescisão. *Revista do Ministério Público*, n. 91, 2002.

54 ROMANO MARTINEZ, Pedro. As cláusulas de rescisão no contrato de trabalho desportivo. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Almedina, Coimbra, 2014.

Importa-nos destacar, no entanto, que, não obstante a celeuma a respeito do tema, sempre foi possível perceber em ambos os lados a necessidade de se procurar perceber, antes de qualquer tentativa de classificação das cláusulas de rescisão, o que de fato pretendiam as partes quando pactuaram o clausulado. Caso pretendessem realmente uma desvinculação uma da outra, estariam elas, pois, no legítimo “direito *convencional* de resolução” que, segundo Vaz Serra⁵⁵, verifica-se quando, “por convenção, se atribui a uma das partes o direito de resolver o contrato”. No caso que nos serve de parâmetro (subcapítulo 3.3.), vejamos então o que se pode concluir do que encontramos no contrato firmado.

A cláusula 8.2.3 tratou de elencar especificamente as consequências que devem recair sobre o atleta caso ele provoque unilateralmente uma rescisão antecipada do contrato que firmara. Apesar de se registrar eventuais inconvenientes de tal comportamento (cláusula 8.2.3.1), reconhece-se que é facultado às partes pactuar o pagamento de uma indenização para o caso de o jogador decidir rescindir o contrato antecipadamente, ainda que não exista uma justa causa (cláusula 8.2.3.2). Essa desvinculação antecipada, desde que pago o valor avençado, não deverá gerar nenhum tipo de sanção (cláusula 8.2.3.3). As partes denominam textualmente a cláusula de *indemnizatoria* (cláusula 8.2.3.4).

Como consta no referido contrato (cláusula 8.2.3.2), na Espanha, foro em que as partes pactuaram o negócio, no Real Decreto nº 1.006/1985, em seu artigo 13, alínea *a*, a extinção do vínculo pode se dar por mútuo acordo entre as partes, determinando-se ainda que:

“Si la extinción por mutuo acuerdo tuviese por objeto la cesión definitiva del deportista a otro club o entidad deportiva, se estará a lo que las partes pacten sobre condiciones económicas de conclusión del contrato; en ausencia de pacto la indemnización para el deportista no podrá ser inferior al 15 por 100 bruto de la cantidad estipulada.”

Se, por acaso, submetêssemos o referido clausulado à ordem jurídica portuguesa, as cláusulas de rescisão em comento, como já tivemos a oportunidade de afirmar no início deste capítulo, estariam plenamente abarcadas pelas disposições do artigo 23, 1, *b* e *g*, da Lei nº 54/2017, ou seja, o avençado entre as partes se coadunaria perfeitamente com as previsões de revogação contratual previstas no diploma legal⁵⁶.

55 VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Resolução do contrato. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 68, jul. 1957, p. 153.

56 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 26.

Note-se, portanto, que as disposições do clausulado referido nos permitem afirmar, sem dúvida alguma, que elas não preveem, em momento algum, a possibilidade de o clube exigir que o jogador cumpra com o contrato firmado até o seu fim. Não existem alternativas quanto às consequências do incumprimento, senão a mera previsão do pagamento da indenização avençada por ambos, razão pela qual tal comportamento do jogador há de ser encarado como perfeitamente lícito.

Nesse passo, o contrato ora em questão permitia ao jogador fazer o que fez, ou seja, desvincular-se de seu clube com o adimplemento integral do valor com o qual ambos concordaram de antemão (cláusula 8.2.3.5.), o que nos leva a concluir pela existência de uma legítima *multa penitencial* (nos moldes do que já tratamos no subcapítulo 3.2). Fosse uma cláusula penal, o clube teria a possibilidade de exigir a manutenção do contrato.

O que se estipulou a título de indenização pela desvinculação unilateral e antecipada por parte do jogador foi o valor de 190 milhões de euros, atualizável com base no Índice de Preços ao Consumidor – IPC. A questão agora é sabermos se isso se sustenta em face dos mecanismos de limitação da liberdade contratual em vigência.

No caso de submetermos a situação à ordem jurídica portuguesa, diante de valores flagrantemente excessivos, utilizaríamos o disposto no artigo 25, 2, da Lei nº 54/2017. O Judiciário pode (e deve), evidentemente, uma vez chamado, cuidar do que foi pactuado pelas partes em termos de consequências pela incumprimento, sobretudo se diante do estabelecimento de um valor que, pelas circunstâncias, pode ser encarado como impagável. Não foi, ao que nos parece, a situação entre o jogador Neymar Jr. e seu antigo clube, o Barcelona. Tanto assim que a indenização (multa penitencial) prescrita contratualmente foi paga na integralidade, tendo ele sido contratado pelo Paris Saint-Germain Football Club. Embora *astronômica*, para os simples mortais, o valor guarda compatibilidade com os negócios que o futebol tem movimentado ao longo do tempo (Capítulo 1).

O que se tem discutido atualmente é se o clube francês não teria descumprido as regras do *fair play* financeiro instituídas pela UEFA (subcapítulo 3.3.), ou seja, se não teria comprometido a gestão de suas finanças para o futuro por conta do que gastou na contratação do atleta brasileiro. A resposta a tal questionamento, por óbvio, só pode ser dada com o tempo, já que é preciso saber se o investimento feito não trará um retorno que garanta ao clube saúde financeira para manter a estrutura que atualmente possui.

Caso partíssemos do pressuposto que aponta para um excesso no estabelecimento daquela cláusula de rescisão contratual, dizia-nos o Doutor António Pinto Monteiro⁵⁷, seria recomendável que nos utilizássemos, em vez do “modesto” e “inadequado” limite estabelecido pelo artigo 27 da Lei nº 28/98, do artigo 812 do CC, que “consagra uma solução de muito maior *apuro técnico-jurídico e acerto*”. Para ele, o dispositivo “permite *corrigir eventuais abusos* – sem cair no extremo oposto de constituir um *convite* a abusos da parte contrária, permite *eliminar excessos* – sem acolher uma *limitação da responsabilidade (...)*”. O catedrático de Coimbra arremata afirmando que, com base na unidade da ordem jurídica, “eventuais abusos cometidos através das cláusulas de rescisão serão corrigidos pelo art. 812º”. Agora, o artigo 25, 2, da Lei nº 54/2017, consagra exatamente esse critério, não sendo mais necessário recorrer ao CC.

Compreende-se o cuidado legal com o intuito de se obter certa estabilidade contratual e até mesmo a competitividade entre os clubes, no entanto, registre-se que a utilização desses mecanismos de limitação deve ser encarada como excepcional; estes somente devem ser usados nos casos em que estiver patente o abuso do valor estipulado a título indenizatório. A autonomia da vontade, a liberdade contratual e mesmo a boa-fé devem estar sempre à frente da análise das cláusulas de rescisão. Antes de se pensar em qualquer moderação dos valores estipulados, é preciso ter certeza de que estamos lidando com um contrato verdadeiramente *opressivo* a uma das partes⁵⁸.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a temática proposta esteja carregada de questões que merecem um aprofundamento maior, dada a natureza *ensaística* da presente pesquisa, as pretensões que anunciamos no início foram bem mais modestas. Evidentemente que isso não nos eximiu da responsabilidade de mantermos o rigor acadêmico no trato com as fontes, providência sempre necessária e pertinente nos cursos com a excelência que é própria da Universidade de Coimbra. Restou, portanto, claro, desde o início, que não nutrimos a pretensão de esgotar ou de resolver definitivamente o assunto (se é que isso seja possível). Muito ao contrário. O intuito sempre foi o de estimular o debate, já que o tema, sobretudo pelos crescentes valores envolvidos, impacta cada vez mais na dinâmica social.

57 PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 24-25.

58 A expressão destacada é encontrada em: PINTO MONTEIRO, António. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005, p. 25.

Concluimos a pesquisa com a sensação de que há um flagrante descompasso entre o que se escreve sobre as transações futebolísticas na comunicação social e o que se escreve na doutrina dos contratos. Não que os *doutos* tenham de acompanhar o ritmo frenético levado a cabo pelos veículos de comunicação – esses, muitas vezes, movidos pela mera especulação, especialmente no trato com o futebol. Mas o nível de profissionalização alcançado pelos clubes e pelos futebolistas, na área dos negócios em especial, já deveria ter nos garantido uma quantidade considerável de obras jurídicas dedicadas ao tema que nos despertou interesse. Mesmo aqui, em Coimbra, infelizmente, não foi o que vimos.

De todo modo, embora a divergência quanto à natureza das cláusulas de rescisão no contrato de jogadores de futebol ainda persista, embora a nova lei (nº 54/2017) tenha agora facilitado a tomada de posição, filiamo-nos ao posicionamento sempre adotado pelo Doutor António Pinto Monteiro. Os argumentos sustentados pelo catedrático de Coimbra, como antevisto, parecem-nos os mais coerentes diante do que se vem clausulando em contratos de tal espécie. A impossibilidade de se recorrer ao cumprimento da obrigação principal, pelo simples pagamento de um valor estipulado antecipadamente pelos negociantes, torna inequívoca a existência de uma legítima multa penitencial e não de uma cláusula penal. É exatamente o que se percebe do contrato firmado pelo jogador Neymar Jr. com o Barcelona.

Por fim, o caso do jogador brasileiro, um paradigma quanto aos valores envolvidos, aliás, pagos prontamente, constituiu-se, da nossa perspectiva, numa excelente oportunidade para refletir criticamente sobre a natureza jurídica das cláusulas de rescisão. Concluimos, pois, dada a efemeridade da profissão enfocada, sendo o atleta impelido a angariar o máximo possível de seu próprio esforço no curto espaço de tempo em que preserva toda a vitalidade de seu corpo, que não é, portanto, de se admoestar o atleta pelas escolhas que faz, sobretudo quando amparado contratualmente, pois, como nos diz o Doutor António Pinto Monteiro⁵⁹, “ninguém pode ser censurado pelo incumprimento de uma obrigação que não assumiu”.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.

59 PINTO MONTEIRO, António. Dano e acordo das partes. In: *I jornadas luso-brasileiras de responsabilidade civil – 50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 9 nov. 2017.

DOCTRINA

BAPTISTA, Albino Mendes. Breve apontamento sobre cláusulas de rescisão. *Revista do Ministério Público*, n. 91, 2002.

_____. *Estudos sobre o contrato de trabalho desportivo*. Coimbra: Coimbra, 2006.

BAZAN, Jose Cabrera. *El contrato de trabajo deportivo – un estudio sobre la relación contractual de los futbolistas profesionales*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.

CAILLET, Michel. *Sport et civilisation: histoire et critique d'un phénomène social de masse*. Paris: L'Harmatta, 1996.

CARRO, Miguel Cardenal; RÍO, José María González del; SILVERO, Emilio García. Regulação laboral del trabajo desportivo en Europa y América (guía básica). *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento – deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

CORREIA, Lúcio. *Limitações à liberdade contratual do praticante desportivo*. Lisboa: Livraria Petrony, 2008.

DELOITTE. *Top of the table – Football Money League. January 2017*. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/pt/pt/pages/consumer-business/articles/deloitte-football-money-league-press2017.html>>. Acesso em: 31 out. 2017.

EUROSTAT. Institutos Nacionais de Estatísticas – contas nacionais anuais. *Produto Interno Bruto (Euro)*. Disponível em: <<http://www.pordata.pt/DB/Europa/Ambiente+de+Consulta/Tabela>>. Acesso em: 31 out. 2017.

LEAL AMADO, João. Ainda sobre as cláusulas de opção e de rescisão no contrato de trabalho desportivo. *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. *Contrato de trabalho desportivo – Lei nº 54/2017, de 14 de julho – anotada*. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Vinculação versus liberdade – o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*. Coimbra: Coimbra, 2001.

LOURENÇO PEREIRA, Miguel; NUNO COELHO, João. *Noites europeias – uma história das competições europeias de clubes – 1897-2013*. Guimarães: Amor à camisola, 2013.

MANDEL, Richard. *Sport: a cultural history*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. II.

MENEZES LEITÃO, Luís. Cláusulas de rescisão e cláusulas penais no contrato de trabalho desportivo. In: COSTA, Ricardo; BARBOSA, Nuno. *IV Congresso do Direito do Desporto*, Almedina, Coimbra, 2015.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed., por PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo. Coimbra: Coimbra, 2005.

NEVES, José; DOMINGOS, Nuno. *Uma história do desporto em Portugal*. Vila do Conde: Quidnovi, 2011. v. 1.

PEREIRA DE SOUSA, Emanuel Raimundo. *Da multa penitencial*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito

DOCTRINA

(conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação do Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro.

PINTO DE OLIVEIRA, Nuno. Clubes de futebol, jogadores e transferências: o problema da validade das “cláusulas de rescisão”. In: *Cadernos de Direito Privado*, n. 17, Braga, 2007.

PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Coimbra, 1990.

_____. Dano e acordo das partes. In: *I Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil – 50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 9 nov. 2017.

_____. O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão – diálogos com a jurisprudência. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4004, maio/jun. 2017, p. 308-319.

_____. Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3.934, 2005.

ROMANO MARTINEZ, Pedro. As cláusulas de rescisão no contrato de trabalho desportivo. In: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Almedina, Coimbra, 2014.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Pena convencional. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n. 67, Lisboa, 1957.

_____. Resolução do contrato. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 68, Lisboa, 1957.