

Revista do
Tribunal
Regional do
Trabalho da
12ª Região







“O operário emocionado
Olhou sua própria mão
Sua rude mão de operário
De operário em construção
E olhando bem para ela
Teve um segundo a impressão
De que não havia no mundo
Coisa que fosse mais bela.”

(O Operário em Construção
Vinícius de Moraes)

Título: Mão I. Foto premiada com o 1º lugar no 2º Concurso de Fotografia da Escola Judicial do TRT da 12ª Região, 2015. Fotógrafo: Adriano Ebenriter, servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Local da foto: em frente à sede do TRT12 na Rua Esteves Júnior, 395, Centro, Florianópolis.

ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA 12ª REGIÃO

DIREÇÃO

Ma. MARI ELEDÁ MIGLIORINI
Desembargadora do Trabalho-Diretora

Me. JOSÉ LUCIO MUNHOZ
Juiz Titular de Vara do Trabalho-Vice-Diretor

COORDENAÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA (atualização – outubro/2017)

TERESA REGINA COTOSKY
Desembargadora do Trabalho

Dr. ROBERTO BASILONE LEITE
Desembargador do Trabalho

Dr. ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Desembargador do Trabalho - Coordenador Pedagógico

Me. CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO
Juiz do Trabalho Titular

Ma. MARIA BEATRIZ VIEIRA DA SILVA GUBERT
Juíza do Trabalho Titular

Ma. KARIN CORRÊA DE NEGREIROS BECKER
Juíza do Trabalho Substituta

ARMANDO LUIZ ZILLI
Juiz do Trabalho Substituto

CONSELHO PEDAGÓGICO (atualização – outubro/2017)

Ma. LÍLIA LEONOR ABREU
Desembargadora do Trabalho

Me. AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargador do Trabalho

Me. ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador do Trabalho

JONY CARLO POETA
Juiz Titular de Vara do Trabalho
Representante da 1ª Região Socioeconômica

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho Substituto
Representante da 2ª Região Socioeconômica

RICARDO JAHN
Juiz Titular de Vara do Trabalho
Representante da 3ª Região Socioeconômica

RICARDO CÓRDOVA DINIZ
Juiz Titular de Vara do Trabalho
Representante da 4ª Região Socioeconômica
Representante da 5ª Região Socioeconômica

Ma. NELZELI MOREIRA DA SILVA LOPES
Juíza Titular de Vara do Trabalho
Representante da 6ª Região Socioeconômica

KAREM MIRIAN DIDONÉ
Juíza Titular de Vara do Trabalho
Representante da 7ª Região Socioeconômica
Representante da 8ª Região Socioeconômica

ANDREA CRISTINA DE SOUZA HAUS BUNN
Presidente da AMATRA 12 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região

Juiz Representante do Programa Trabalho Seguro

Juiz Representante do Programa Trabalho Infantil

Juiz Auxiliar Gestor de Metas do TRT da 12ª Região

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

Magistrado Gestor Regional da Execução

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

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

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

COORDENAÇÃO DOS TRABALHOS

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT
Juiz Titular de Vara do Trabalho
Editor

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho Substituto - TRT da 12ª Região
Editor Adjunto

Me. OSCAR KROST
Juiz do Trabalho Substituto - TRT da 12ª Região
Editor Adjunto

COMITÊ EDITORIAL

Membros internos

Dr. ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Desembargador do Trabalho TRT 12ª Região

Dr. GIOVANNI OLSSON
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Membros Externos

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

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

Dra. DANIELA MURADAS REIS
Professora da UFMG

Dra. FLÁVIA PIOVESAN
Professora da PUC/SP

Dra. GISELE GUIMARÃES CITTADINO
Professora da PUC/RJ

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

Dr. JOSÉ RICARDO FERREIRA CUNHA
Professor da UERJ

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

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

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

Dr. VALERIO DE OLIVIERA MAZZUOLI
Professor da UFMT

COMISSÃO EDITORIAL DA REVISTA

LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA
Desembargadora do Trabalho - TRT 12ª Região

Me. AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargador do Trabalho - TRT 12ª Região

Dr. ROBERTO BASILONE LEITE
Desembargador do Trabalho - TRT 12ª Região

Me. ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador do Trabalho - TRT 12ª Região

Dr. ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Desembargador do Trabalho - TRT 12ª Região

REINALDO BRANCO DE MORAES
Juiz Titular de Vara do Trabalho - TRT 12ª Região

Me. CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO
Juiz Titular de Vara do Trabalho - TRT 12ª Região

Ma. DESIRRÉ DORNELES DE ÁVILA BOLLMANN
Juíza Titular de Vara do Trabalho - TRT 12ª Região

Me. OSCAR KROST
Juiz do Trabalho Substituto - TRT da 12ª Região

Me. DANIEL LISBÓA
Juiz do Trabalho Substituto - TRT da 12ª Região

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho Substituto - TRT da 12ª Região

SECRETARIA EXECUTIVA

Cyntia de Oliveira e Silva

Norberto Dornelles Villar

Rosangela Gervini Alves Pereira

Sandra Yara Tubino Laitano

Simone Pereira

Soraya Oliveira de Assis

Vera Regina Ribeiro Vieira



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

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

v.20 n. 29 2017 – Florianópolis/SC

ISSN 1984-3658

R. do Trib. Reg. Trab. 12ª R.	Florianópolis	v. 20	n. 29	p. 1-276	2017
-------------------------------	---------------	-------	-------	----------	------

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Projeto Gráfico e Diagramação
Nuovo Design Ltda.

Revisão de Texto
Rosângela Gervini Alves Pereira
Vera Regina Ribeiro Vieira

Revisão Geral
Cyntia de Oliveira e Silva
Sandra Yara Tubino Laitano
Soraya Oliveira de Assis

Impressão
Coan Indústria Gráfica Ltda.

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

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

Anual
Irregular até 2005; interrompida em 2006; anual em 2007.
Publicada também como Revista Eletrônica no *site* do TRT da 12ª Região.
ISSN 1984-3658

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

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

**Composição
do TRT da
12ª Região**

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Administração – 2015/2017

GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
Desembargador-Presidente

MARI ELEDA MIGLIORINI
Desembargadora-Vice-Presidente

MARIA DE LOURDES LEIRIA
Desembargadora-Corregedora Regional

TRIBUNAL PLENO (atualização - outubro/2017)

Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
- Presidente

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI – Vice-
Presidente

Desembargadora do Trabalho MARIA DE LOURDES LEIRIA - Corregedora

Desembargadora do Trabalho LÍLIA LEONOR ABREU

Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA

Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA

Desembargadora do Trabalho GISELE PEREIRA ALEXANDRINO

Desembargador do Trabalho GILMAR CAVALIERI

Desembargadora do Trabalho VIVIANE COLUCCI

Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA

Desembargador do Trabalho JOSÉ ERNESTO MANZI

Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA

Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY

Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE

Desembargador do Trabalho ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO

Desembargador do Trabalho ALEXANDRE LUIZ RAMOS

Desembargador do Trabalho WANDERLEY GODOY JUNIOR

Desembargador do Trabalho HÉLIO BASTIDA LOPES

SEÇÃO ESPECIALIZADA 1

Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
- Presidente

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI – Vice-
Presidente

Desembargadora do Trabalho VIVIANE COLUCCI

Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA

Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY

Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE

Desembargador do Trabalho ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO

Desembargador do Trabalho ALEXANDRE LUIZ RAMOS

Desembargador do Trabalho WANDERLEY GODOY JUNIOR

SEÇÃO ESPECIALIZADA 2

Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
Presidente

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI

Vice-Presidente

Desembargadora do Trabalho LÍLIA LEONOR ABREU

Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA

Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA

Desembargadora do Trabalho GISELE PEREIRA ALEXANDRINO

Desembargador do Trabalho GILMAR CAVALIERI

Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA

Desembargador do Trabalho JOSÉ ERNESTO MANZI

Desembargador do Trabalho HÉLIO BASTIDA LOPES

16

PRIMEIRA TURMA

Primeira Câmara

Desembargador do Trabalho José Ernesto Manzi – Presidente

Desembargadora do Trabalho Viviane Colucci

Desembargador do Trabalho Wanderley Godoy Junior

SEGUNDA TURMA

Terceira Câmara

Desembargador do Trabalho Amarildo Carlos de Lima

Desembargador do Trabalho Gilmar Cavalieri – Presidente

Desembargador do Trabalho Roberto Luiz Guglielmetto

Quarta Câmara

Desembargador do Trabalho Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira

Desembargador do Trabalho Marcos Vinicio Zanchetta

Desembargador do Trabalho Roberto Basilone Leite

TERCEIRA TURMA

Quinta Câmara

Desembargador do Trabalho Alexandre Luiz Ramos

Desembargadora do Trabalho Gisele Pereira Alexandrino – Presidente

Desembargador do Trabalho Hélio Batista Lopes

Sexta Câmara

Desembargadora Ligia Maria Teixeira Gouvêa

Desembargadora Lília Leonor Abreu

Desembargadora Teresa Regina Cotosky – Presidente

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

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

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juiz Titular	Vara do Trabalho
José Eduardo Alcântara	VT de Mafra
José Lucio Munhoz	3ª VT de Blumenau
Julieta Elizabeth Correia de Malfussi	VT de São Miguel do Oeste
Karem Mirian Didoné	2ª VT de Lages
Lauro Stankiewicz	VT de Canoinhas
Leonardo Frederico Fischer	2ª VT de Rio do Sul
Luciano Paschoeto	2ª VT de Criciúma
Luiz Osmar Franchin	VT de Videira
Magda Eliéte Fernandes	3ª VT de São José
Marcel Luciano Higuchi Viegas dos Santos	VT de Curitiba
Maria Aparecida Ferreira Jeronimo	3ª VT de Florianópolis
Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert	2ª VT de São José
Miriam Maria D'Agostini	VT de Imbituba
Mirna Uliano Bertoldi	4ª VT de Florianópolis
Narbal Antônio de Mendonça Fileti	2ª VT de Tubarão
Nelzeli Moreira da Silva Lopes	VT de Timbó
Nivaldo Stankiewicz	4ª VT de Joinville
Patrícia Pereira de Sant'Anna	1ª VT de Lages
Régis Trindade de Mello	VT de Xanxerê
Reinaldo Branco de Moraes	VT de Indaial
Ricardo Córdova Diniz	3ª VT de Itajaí
Ricardo Kock Nunes	1ª VT de Tubarão
Roberto Masami Nakajo	2ª VT de Brusque
Rodrigo Goldschmidt	VT de Araranguá
Rosana Basilone Leite Furlani	5ª VT de Florianópolis

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juiz Titular	Vara do Trabalho
Rosilaine Barbosa Ishimura Sousa	1ª VT de Criciúma
Sandra Silva dos Santos	1ª VT de Itajaí
Silvio Ricardo Barchechechen	4ª VT de Blumenau
Tatiana Sampaio Russi	2ª VT de Joinville
Ubiratan Alberto Pereira	2ª VT de Itajaí
Valquiria Lazzari de Lima Bastos	VT de Navegantes
Válter Túlio Amado Ribeiro	2ª VT de Florianópolis
Vera Marisa Vieira Ramos	3ª VT de Chapecó

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Adriana Custódio Xavier de Camargo	Karin Corrêa de Negreiros Becker
Alessandro da Silva	Kismara Brustolin
Alessandro Friedrich Saucedo	Leonardo Rodrigues Itacaramby Bessa
Ana Letícia Moreira Rick	Lisiane Vieira
Ana Paula Flores	Luis Fernando Silva de Carvalho
Andrea Maria Limongi Pasold	Marcos Henrique Bezerra Cabral
Ângela Maria Konrath	Mariana Antunes da Cruz Laus
Antonio Carlos Facioli Chedid Junior	Mariana Philippi de Negreiros
Armando Luiz Zilli	Michelle Adriane Rosário Arruda Araldi
Camila Torrão Britto de Moraes Carvalho	Oscar Krost
Carlos Aparecido Zardo	Osmar Theisen
Cezar Alberto Martini Toledo	Ozéas de Castro
Charles Baschiroto Felisbino	Patrícia Andrades Gameiro Hofstaetter
Daniel Lisbôa	Patrícia Braga Medeiros
Danielle Bertachini	Paula Naves Pereira dos Anjos
Débora Borges Koerich Godtsfriedt	Paulo André Cardoso Botto Jacon
Elton Antônio de Salles Filho	Paulo Cezar Herbst
Fabio Augusto Dadalt	Rafaella Messina Ramos de Oliveira
Fabio Moreno Travain Ferreira	Renata Felipe Ferrari
Fábio Tosetto	Ricardo Jahn
Fabricio Zanatta	Rodrigo Gamba Rocha Diniz
Glaucio Guagliariello	Rogério Dias Barbosa
Grasiela Monike knop Godinho	Sergio Massaroni
Hérika Machado da Silveira Cecatto	Silvio Rogério Schneider
Índira Socorro Tomaz de Sousa e Silva	Valdomiro Ribeiro Paes Landim
Izabel Maria Amorim Lisbôa	Vinicius Hespanhol Portella
Janice Bastos	Zelaide de Souza Philippi

SUMÁRIO

Apresentação	24
SEÇÃO DE ARTIGOS	
A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO FATOR DE AUMENTO DAS DEMANDAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO	29
<i>Carla Vieira de Souza / Rodrigo Goldschmidt</i>	
O IMPACTO SOCIAL DAS DISPENSAS COLETIVAS: PONDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS ABUSOS COMETIDOS CONTRA EMPREGADOS E O AUMENTO DE LITÍGIOS NO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA	43
<i>Emanoela Taisa Moser Starke / Fabrisia Franzoi</i>	
O ATIVISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO	73
<i>Gustavo Luiz Poli / Ricardo Córdova Diniz</i>	
FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS FRENTE À CRISE ECONÔMICA	105
<i>Gustavo Maurício Lenzi</i>	
A REFORMA TRABALHISTA E OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA: PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO	123
<i>Iraú Oliveira de Souza Neto / Narbal Antônio de Mendonça Fileti</i>	
A GESTÃO EMOCIONAL COMO FATOR DE INTELIGÊNCIA PARA O COMBATE DA CRESCENTE LITIGIOSIDADE NO JUDICIÁRIO TRABALHISTA BRASILEIRO	161
<i>Jerusa Mariane Testoni</i>	
A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA VISÃO DOS JUÍZES DO TRABALHO DE SANTA CATARINA	189
<i>Luis Fernando Silva de Carvalho</i>	
A NOVA REGULAMENTAÇÃO DAS GORJETAS	215
<i>Pedro Lino de Carvalho Júnior</i>	
A PROBLEMÁTICA DO AUMENTO DA LITIGIOSIDADE NO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA: POSSÍVEIS CAUSAS E AÇÕES DE CONTENÇÃO A PARTIR DO MÚLTIPLO OLHAR DOS ATORES SOCIAIS ENVOLVIDOS	245
<i>Ricardo Jahn / Rodrigo Goldschmidt</i>	

APRESENTAÇÃO

Alinhada com o tema central de estudos programados pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região para o ano de 2017, a Revista n. 29 do TRT12, que ora apresentamos, reúne artigos doutrinários que abarcam preponderantemente a temática da crescente litigiosidade no âmbito da Justiça do Trabalho.

Como veículo de divulgação científica, a presente Revista cumpre a sua missão ao apresentar contribuições teóricas e práticas para auxiliar na compreensão e no enfrentamento adequado do crescente número de conflitos trabalhistas judicializados, não só como forma de tentar buscar uma melhora no desempenho da Justiça Laboral, mas, para além disso, estabelecer meios, inclusive extrajudiciais, de pacificação dos conflitos no mundo do trabalho.

24

Criteriosamente selecionados a partir de avaliadores (as) independentes e especializados (as) na área trabalhista, os artigos que compõem esta Revista versam, entre outros, sobre os seguintes temas: a precarização das relações laborais e ampliação dos litígios trabalhistas; a nova regulamentação da lei da gorjeta; as medidas para a não responsabilização da administração pública e a consequente diminuição de lides laborais; o impacto social das dispensas coletivas; a gestão emocional como fator de combate à crescente litigiosidade; o aumento da litigiosidade trabalhista sob o múltiplo olhar dos atores sociais; a litigância de má-fé na visão dos Magistrados do Trabalho de Santa Catarina; o ativismo na Justiça do Trabalho; a globalização e a flexibilização e seus impactos na crescente litigiosidade.

Além desses importantes estudos, a Revista abriu espaço, por meio de aditamento ao Edital original, para receber artigos que versassem sobre a reforma trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, tema recente e de relevância indiscutível, recebendo a contribuição de um artigo atinente, intitulado: “A reforma trabalhista e os obstáculos ao acesso à Justiça: primeiras impressões sobre a gratuidade da justiça no Processo do Trabalho”.

Pesquisar, pensar e agir, na perspectiva de um mundo do trabalho humanizado, pautado pela força normativa da Constituição e pela solução pronta e adequada dos conflitos laborais, esse é o norte que guia este trabalho coletivo primoroso que agora é colocado à disposição dos nossos leitores.

Boa leitura e ótimas práticas!

Ma. MARI ELEDA MIGLIORINI

Desembargadora do Trabalho Vice-Presidente do TRT12

Diretora da Escola Judicial do TRT12

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT

Juiz Titular de Vara do Trabalho – Araranguá/SC

Editor da Revista do TRT12

ARTIGOS

A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO FATOR DE AUMENTO DAS DEMANDAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Carla Vieira de Souza¹

Rodrigo Goldschmidt²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo relacionar o aumento da litigiosidade nas relações de trabalho com a precarização do Direito do Trabalho, e, para tanto, discorre-se sobre a temática da precarização e expõem-se algumas espécies que estão presentes no âmbito do trabalho. Também se aborda a problemática da fragilização da organização sindical obreira e o crescente conflito entre empregados e empregadores, fator igualmente responsável pelo aumento da litigiosidade. O trabalho não é exaustivo, ele é exemplificativo, expondo três institutos considerados como precarizantes no Direito do Trabalho, além de discorrer, de forma sucinta, sobre a fragilidade sindical.

29

Palavras-chave: Precarização. Direito do Trabalho. Litigiosidade.

1 INTRODUÇÃO

Os litígios na Justiça do Trabalho estão crescendo a cada ano, são os respectivos números alarmantes, e o presente trabalho visa abordar o crescimento dessa litigiosidade com enfoque na precarização das relações do trabalho.

A precarização ocorre quando o trabalho é exercido em condições inferiores às previstas na legislação concernente ao tema. O assunto é recorrente no atual mundo capitalista, pois a situação de desemprego é

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais Trabalhistas e Políticas Públicas – PPGD/UNESC. Advogada – OAB/SC 45.428. carla.vsouza@outlook.com.

² Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito pela UFSC. Professor e Pesquisador do PPGD/UNESC. Juiz do Trabalho Titular do TRT12.

crescente, e a busca pelo lucro é insaciável, deixando o trabalhador à margem dos direitos previstos nas normas, focando apenas no aumento do capital.

Devido a isso, os empregados deixam de receber diversos direitos trabalhistas que lhes são devidos e são submetidos a trabalhos precários e desumanos, pois necessitam dos ínfimos rendimentos para sua sobrevivência e de sua família. O trabalhador, na maioria dos casos, por ser a parte mais vulnerável e hipossuficiente da relação de trabalho, submete-se ao que for imposto pelo empregador, postulando posteriormente na Justiça do Trabalho seus direitos tolhidos.

Existem diversas espécies de precarização do trabalho, algumas mais suaves e outras mais graves, e optou-se por discorrer neste artigo sobre o trabalho terceirizado, a “pejotização” e o trabalho informal, elucidando de forma sucinta essas precarizações.

Tais modalidades de precarização, que são exemplificativas, são responsáveis, em grande medida, pela crescente litigiosidade na Justiça do Trabalho, visto que implicam lesão ou supressão de direitos trabalhistas, foco do presente estudo.

De outra parte, serão abordadas, também, a problemática da fragilização da organização sindical obreira e a crescente conflituosidade entre empregados e empregadores, bem como o impacto dessa realidade no aumento de litígios perante a Justiça Obreira.

Registre-se, por fim, que o presente trabalho adota o método indutivo e emprega as pesquisas bibliográfica e documental.

2 PRECARIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A Constituição Federal prevê diversos direitos trabalhistas consagrados no seu texto. O art. 1º da Carta Magna consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a valorização social do trabalho e da livre iniciativa³. O art. 7º abarca 34 incisos que compõem o leque

³ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

principal de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Contudo, embora haja direitos constitucionais que preservem direitos trabalhistas, além de outras leis infraconstitucionais, os conflitos no âmbito das relações de trabalho representam números alarmantes, o que evidencia o descumprimento da normativa laboral.

De acordo com os dados retirados do *site* do Tribunal Superior do Trabalho da Coordenadoria de Estatística e Pesquisa, os processos no ajuizados nas Varas do Trabalho no ano de 2015 foram de 2.659.007 (dois milhões, seiscentos e cinquenta e nove mil e sete). Nos Tribunais Regionais do Trabalho os litígios totalizaram 267.471 (duzentos e sessenta e sete mil e quatrocentos e setenta e um), e, no Tribunal Superior do Trabalho, as demandas somaram 291.454 (duzentos e noventa e um mil e quatrocentos e cinquenta e quatro) (CESTP, 2015).

Já no ano de 2016, na fase de conhecimento, as Varas do Trabalho receberam 2.756.214 (dois milhões, setecentos e cinquenta e seis mil e duzentos e quatorze) processos. Já nos Tribunais Regionais do Trabalho, no mesmo ano, foram 957.518 (novecentos e cinquenta e sete mil e quinhentos e dezoito) demandas interpostas, e, no Tribunal Superior do Trabalho, foram 243.447 (duzentos e quarenta e três mil e quatrocentos e quarenta e sete) processos (CESTP, 2016).

Os números são exorbitantes. A cada ano aumenta a litigiosidade no âmbito trabalhista. Daí se questiona: Por que ocorre o crescente aumento de demandas na Justiça do Trabalho se há razoável número de direitos trabalhistas consagrados na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional?

Num primeiro olhar, entende-se que a precarização do trabalho é um dos motivos preponderantes para os ajuizamentos reiterados das demandas trabalhistas no mundo capitalista atual. A força de trabalho só é aceita se for vendida ao capital, só é operacionalizada no campo da venda, no interior da oficina trabalhista (MARX, 2001, p. 416).

Brito Filho assim conceitua a precarização: “Toda forma de trabalho subordinado em que as condições de trabalho sejam inferiores às previstas na legislação trabalhista geral e/ou relativas a uma determinada

categoria de empregados” (2016, p. 154-155).

Sobre a precarização, Marcelino afirma:

Um dos aspectos fundamentais dessa reestruturação é a precarização do trabalho, isto é, o emprego cada vez mais acelerado de renovados meios de exploração da mais-valia, tanto a absoluta quanto a relativa, tais como: a extensão da jornada de trabalho, a desregulamentação do uso da força de trabalho e a flexibilização de contratos (2004, p. 09-10).

Ora, é sabido que na relação entre trabalho e capital há um contrato em face do qual o empregado vende sua força de trabalho por uma contraprestação. Tal contrato deveria cumprir os preceitos insertos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho, contudo, o que se percebe é que o capital ganha na relação de explorar o trabalhador e aumentar a mais valia (JACINTHO, 2001, p. 285).

Essa acumulação ilimitada do capital, a busca incessante pelo lucro, pela produção do excedente ocasionada pela concorrência capitalista, se dá pela apropriação do trabalho, por intermédio da compra e venda da força de trabalho no mercado, independentemente das espécies de contrato existentes ou predominantes, a prioridade não é o trabalhador (FARIA, 2011).

O atual mundo capitalista visa apenas fazer mais dinheiro do dinheiro, não mais tendo como meio principal a produção em massa de mercadorias. Objetiva apenas especulação financeira, firmada na volatilidade, na efemeridade, no curtíssimo prazo, sem estabelecer qualquer vínculo com lugares e pessoas, sem comprometimentos, visando sempre ao lucro, pautado numa desmedida concorrência internacional que não aceita nenhum tipo de regulação (BOLTANSKI; CHIAPELLO, 2009).

A sociedade moderna não é mais a do pleno emprego, mas sim uma sociedade repleta de formas precárias de trabalho e desempregos. De acordo com Castel (1998), a precarização do trabalho é o ponto central do desenvolvimento do capitalismo, criando uma nova condição de vulnerabilidade social, a qual transforma as condições do assalariamento que eram estáveis no período da chamada sociedade salarial ou fordista.

Segundo Alves: “a precarização do trabalho que ocorre hoje, sob o

capitalismo global, seria não apenas ‘precarização do trabalho’ no sentido de precarização da mera força de trabalho como mercadoria, mas seria, também, “precarização do homem que trabalha”, no sentido de desefetivação do homem como ser genérico” (ALVES 2011, p. 2).

A precarização das relações de trabalho ganha forma pela flexibilização dos direitos que o empregador impõe ao empregado, como bem citam Capelas, Neto e Marques (2010) que o empregador pode sobre-explorar sua força de trabalho nos momentos de alta produção, sem remunerar o trabalhador, compensando com folgas as horas trabalhadas em excesso nos momentos de baixa produção.

Para Vasapollo a precarização se dá pela

liberdade da empresa para despedir parte de seus empregados, sem penalidades, quando a produção e as vendas diminuïrem; liberdade da empresa em reduzir ou aumentar o horário de trabalho, repetidamente e sem aviso prévio, quando a produção necessite; faculdade da empresa de pagar salários reais mais baixos do que a paridade de trabalho (...); possibilidade de a empresa subdividir a jornada de trabalho em dia e semana de sua conveniência, mudando os horários e as características (trabalho por turno, por escala, em tempo parcial, horário flexível etc.); liberdade para destinar parte de sua atividade a empresas externas; possibilidade de contratar trabalhadores em regime de trabalho temporário (...) diminuindo o pessoal efetivo a índices inferiores a 20% do total da empresa (2006, p. 45-46).

33

Vale notar, ainda, que “a definição de trabalho precário contempla pelo menos duas dimensões: a ausência ou redução de direitos e garantias do trabalho e a qualidade no exercício da atividade” (GALEAZZI, 2006, p. 203).

Com isso, vê-se que o capitalismo exacerbado, com o intuito somente lucrativo, sem preservar as garantias mínimas constitucionais e infraconstitucionais dos trabalhadores, é o que enseja a precarização do trabalho e, como decorrência, a crescente litigiosidade, a fim de verem efetivados seus direitos trabalhistas tolhidos.

3 ESPÉCIES DE PRECARIZAÇÃO

A precarização do trabalho ocorre de diversas formas, e citaremos algumas espécies a fim de evidenciá-las e demonstrar que o Poder Judiciário Trabalhista recebe milhares de ações anualmente para combater tais práticas precarizadas.

A terceirização é um instituto precarizante que contribui para esse aumento da litigiosidade trabalhista, e, para adentrarmos no tema, é necessário conceituá-la como sendo: todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e (ou) a externalização dos conflitos trabalhistas (MARCELINO; CAVALCANTI, 2012).

A relação jurídica é envolta por duas empresas, a interposta e a tomadora de serviços, e a figura do trabalhador. De acordo com Delgado,

O modo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história (2010, p. 414).

As empresas optam pela terceirização, pela redução dos custos com a contratação de empregados, pelo enfraquecimento da organização dos trabalhadores, devido à pulverização em atividades dispersas na tomadora de serviços, objetivando ainda a fragilização sindical, a fim de dificultar a representação coletiva da classe operária (DIEESE, 2007).

Nesse sentido, Chesnais (1996) argumenta que o objetivo das empresas é se eximirem de eventuais problemas a ocorrer no curso do contrato de trabalho e que a empresa interposta arque de forma exclusiva com todos os prejuízos. A tomadora de serviços explora a mão de obra e almeja sair ileso da relação jurídica. Ela goza do benefício do baixo custo, pois paga aos terceirizados valores bem inferiores aos trabalhadores contratados diretamente.

A terceirização enseja piores condições aos trabalhadores terceirizados, pois eles realizam mais horas extras, recebem menores salários e com menor qualificação, há ocorrência maior de acidentes de trabalho e representam ainda um índice maior de trabalhadores em condições análogas à de escravo. Além do mais, a sindicalização dos terceirizados é mais frágil, pois não há uma identidade dos trabalhadores, dificultando a negociação coletiva por parte do sindicato (ALFARO, 2016, p. 137).

Ela vem ganhando força no cenário brasileiro, e tanto a terceirização quanto a informalidade da força de trabalho fomentam a engenharia do capital para aumentar a exploração da mão de obra, enaltecendo o capitalismo (ANTUNES, 2014). O autor ainda afirma que: “quanto mais essa processualidade se intensifica, maior é o movimento propulsor da precarização estrutural do trabalho” (ANTUNES, 2014, p. 28).

Delgado entende que a terceirização é um retrocesso aos direitos sociais dos trabalhadores, especialmente a dignidade da pessoa humana, a justiça social e a valorização do trabalho. Expõe ainda que esse instituto afronta princípios do direito trabalhista, conforme cita:

Segundo nos parece, entre o núcleo cardeal dos princípios trabalhistas, aqueles mais deturpados em razão da prática terceirizante são: o princípio da proteção, o princípio da continuidade da relação de emprego, o princípio da primazia da realidade sobre a forma e o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (DELGADO, 2003, p. 173).

Ainda, segundo Druck (2001), essa forma de trabalho é uma das principais precarizações do Direito do Trabalho.

Outra espécie recorrente é a “Pejotização”, quando a pessoa jurídica é utilizada para mascarar uma verdadeira relação de emprego, com objetivo de transparecer de maneira formal uma situação jurídica civil (OLIVEIRA, 2013). Esse instituto precariza a relação de trabalho, imuniza o empregador de efetuar o pagamento de diversos encargos sociais, subtraindo do empregado seus direitos trabalhistas básicos, como férias e décimo terceiro.

Consiste, de maneira sucinta, na determinação, por parte do empregador, para que o empregado constitua uma pessoa jurídica – daí advém o termo, que guarda relação com a conhecida abreviação “PJ” – como requisito à prestação dos serviços, com o objetivo de se

furtar ao correto pagamento das verbas a que faz jus o empregado e, com isso, reduzir os custos da mão de obra, burlando assim a legislação trabalhista (SCHNEIDER, 2010, p. 52).

A constituição da pessoa jurídica válida é decorrência da livre iniciativa, e não uma obrigação imposta por um terceiro, no caso, o empregador. Sobre o tema, Costa e Ternus preconizam:

Em decorrência da busca de maior produtividade e lucro por parte das empresas é que surge o fenômeno da pejetização. Atualmente pode ser considerada uma nova modalidade fraudulenta ao sistema jurídico trabalhista brasileiro. [...]Normalmente esta contratação ocorre para burlar uma relação de emprego, em que a empresa contratante deveria assumir as expensas e encargos trabalhistas a seu funcionário, em sendo assim, a não contratação direta não o faz responsabilizar-se por despesas decorrentes da relação de trabalho como férias, décimo terceiro salário, entre outras contribuições (COSTA e TERNUS, 2012, p. 09).

A “pejetização” é denunciada de forma recorrente nas demandas que aportam na Justiça Obreira, contribuindo para a precarização das relações do trabalho e o aumento das demandas judiciais acerca do tema.

36

O trabalho informal, por seu turno, também é considerado como precário, visto que retira diversos direitos do trabalhador, pois está à margem do contrato de trabalho, não percebendo as vantagens legais.

Para Antunes, “a flexibilização e a informalização da força de trabalho são caminhos seguros, utilizados pela engenharia do capital, para arquitetar e ampliar a intensificação, a exploração e, *last but not least*, a precarização estrutural do trabalho” (ANTUNES, 2011, p. 418).

Por necessitar de recursos para manter a si e sua família, o trabalhador acaba por se submeter a trabalhos precários. De outro norte, e de forma ainda mais precária, a informalidade é uma saída para complementação de ganhos do trabalhador frente aos baixos rendimentos auferidos no mercado de trabalho formal.

Essa concepção entende que a rigidez salarial e a proteção social ao trabalho desestimulam os investimentos intensivos em trabalho, sobrepondo-se às inversões intensivas em capital, o que levaria a uma insuficiente criação de empregos no setor protegido, dirigindo-se o excedente de força de trabalho para o setor não protegido (SOARES, 2008, p. 82).

A informalidade laboral pode ser pautada em três vieses, no sentido econômico (formal ou informal), jurídico (legal ou ilegal) e do senso comum (justo ou injusto) (NORONHA, 2003). As desigualdades sociais são um fator determinante para a ocorrência do trabalho informal, conforme cito:

[...] a economia e o mercado de trabalho [...] caracterizam-se pela existência de enormes desigualdades nas condições de vida e nos rendimentos, nas formas de organização da estrutura econômica, na produtividade e nas características dos postos de trabalho gerados, ao lado de uma flagrante insuficiência das políticas sociais de emprego e renda⁹ (HOFFMANN et al., 2002, p.47).

A fragilização do mercado de trabalho decorre da incapacidade de geração de novos empregos para a totalidade da população e, devido a isso, o aumento das relações de trabalho à margem da legislação trabalhista, o qual é um fenômeno recorrente, além do aumento significativo do trabalho autônomo e de serviços domésticos como alternativas ao desemprego (DIEESE, 2001). Além do mais, a informalidade não ataca somente a classe baixa, mas uma parcela significativa da sociedade, independentemente da condição social.

37

Para Chahad:

[...] o setor informal, hoje, não representa somente um receptáculo dos pobres, marginais, desalojados e excluídos, mas já contém, também, uma representativa parcela da força de trabalho que [...] encontra na informalidade sua forma de inserção no mundo de trabalho, não importando a razão pela qual isso vem a ocorrer. [...] também representa desenvolvimento e prosperidade para muitos (CHAHAD, 1998, p. 269-270).

Em decorrência dessa problemática, são frequentes as demandas propostas na Justiça do Trabalho visando ao reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador de serviço e ao pagamento dos direitos trabalhistas daí decorrentes, o que gera, indubitavelmente, o acréscimo de litigiosidade.

A par das formas de precarização antes apontadas, que já respondem por um significativo incremento de litigiosidade, pode-se, ainda, apontar (apenas para ilustrar, já que não delimitados nesse estudo para abordagem específica) outras formas, a saber: a desregulamentação ou perda de direitos trabalhistas, alvo da Reforma Trabalhista aprovada (Lei n.13.467, de 13 de julho de 2017), a sobrejornada reiterada, o acúmulo de funções, o

rebaixamento de cargos e funções, a transformação de parcelas salariais em parcelas indenizatórias, etc. Todas essas modalidades de precarização do trabalho contribuem para o aumento da litigiosidade perante a Justiça do Trabalho.

Apontadas algumas formas de precarização do trabalho que, por decorrerem do descumprimento de normas trabalhistas básicas, contribuem para o acréscimo da litigiosidade, cumpre-se, agora, expor de forma sucinta outra faceta que, agregada a esses fatores, também dá vazão ao aumento de demandas: a fragilização da organização sindical e o acirramento de ânimos entre trabalhadores e empregadores.

Segundo Pereira (2001), os sindicatos, muitas vezes, não exercem a força que a Constituição Federal lhes outorgou e muitos deles se constituem sem a menor representatividade, deixando, por conta disso, de promover efetivamente os direitos das partes.

É verdade que, no caso brasileiro, mais de dez anos após a Carta de 1988 ainda não se completou a transição para um Direito Coletivo pleno, equânime e eficaz - assecuratório de real equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas. É que, embora tenha a Constituição afirmado, pela primeira vez desde a década de 1930, de modo transparente, alguns princípios fundamentais do Direito Coletivo no país, não foi seguida, ainda, de uma Carta de Direitos Sindicais, que adequasse a velha legislação heterônoma às necessidades da real democratização do sistema trabalhista e da negociação coletiva (DELGADO, 2001, p. 104).

O capitalismo moderno objetiva fragilizar os sindicatos com o intuito de novamente favorecer os empregadores para angariarem mais lucros, vedando os direitos trabalhistas dos empregados. A respeito, Krein afirma:

Nesse sentido, as ações que possam fortalecer os espaços de intervenção são fundamentais, especialmente em um momento em que as transformações no capitalismo contemporâneo buscam fragilizar os sindicatos e as instituições públicas, o que permite ao capital organizar o trabalho a sua favor, prejudicando a saúde e a segurança dos trabalhadores (KREIN, 2013, p. 196).

As demandas judiciais, de forma geral, são ajuizadas após o término da relação contratual entre as partes, estando os litigantes com um conflito

acirrado, disputa mais intensiva, enfim, uma maior tendência em prosseguir com a lide devido aos direitos que, por diversas vezes, lhe foram suprimidos na relação laboral.

Oliveira (2013) aduz que a cultura social vê a figura do Estado como o solucionador dos conflitos trabalhistas e apaziguador dos ânimos, especialmente que tais conflitos decorrentes da relação de trabalho se referem à questão da informalidade, da precarização, da subcontratação, da terceirização em cadeia, entre outros.

Com isso, é possível observar que a precarização das relações laborais, a fragilidade dos sindicatos e o acirramento de ânimos entre empregado e empregador contribuem de forma efetiva para o aumento da litigiosidade na Justiça do Trabalho.

4 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, apesar de haver normas constitucionais e infraconstitucionais que preveem diversos direitos trabalhistas, é possível observar que eles não são cumpridos; são retirados e/ou diminuídos de forma frequente pelo Estado ou pela negociação coletiva.

Constata-se que um dos motivos para a crescente litigiosidade na Justiça do Trabalho é a precarização das relações de trabalho, ocasionadas pelo capitalismo exacerbado, presente em nossa sociedade.

O foco da organização empresarial é alcançar o lucro e, para tanto, não cumpre com boa parte dos direitos mínimos dos trabalhadores previstos nas normas, pois assim, pretensamente, terá mais produtividade e crescimento financeiro.

A precarização do trabalho, em especial a terceirização, a “pejotização” e o trabalho informal ferem direitos trabalhistas básicos e ensejam diversas demandas trabalhistas.

Outro ponto relevante, que também está atrelado aos ajuizamentos de reclamações trabalhistas, é a fragilização dos sindicatos profissionais, que muitas vezes não possuem representatividade e não preservam os direitos dos trabalhadores, acirrando o conflito entre empregado e empregador e,

por conta disso, gerando aumento de litigiosidade na Justiça do Trabalho.

Em síntese, a crescente litigiosidade decorre do não cumprimento dos direitos trabalhistas e do pensamento egoísta, focado meramente no lucro (em vez de focar na cooperação e na solidariedade), fatores que afetam a vida de milhares de pessoas e aumentam, de forma exponencial, as demandas judiciais na esfera trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALFARO, Larissa Menine. **Terceirização do Trabalho no Brasil, Precarização e a Vedação do Retrocesso Social**. 2016. 170 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direitos Humanos e Democracia, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41802/R - D - Larissa Menine Alfaro.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41802/R-D-Larissa-Menine-Alfaro.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 13 set. 2017.

ALVES, Giovanni. Trabalho, subjetividade e capitalismo manipulatório - O novo metabolismo social do trabalho e a precarização do homem que trabalha. São Paulo: **Revista da RET**, ano V, n. 8, 2001. Disponível em: <http://www.giovannialves.org/artigo_giovanni%20alves_2010.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ANTUNES, R. **Os modos de ser da informalidade: rumo a uma nova era da precarização estrutural do trabalho?**. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 107, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. TST. PESQUISA. Coordenadoria de Estatística e Movimentação Processual. 2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/2137d9d9-ace8-4326-8e0a-bd37ae97dc03>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. _____. _____. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/6ff6445a-41d3-452b-bf9e-91816b57947a>>. Acesso em: 16 jun. 2017. p. 4.

_____. _____. _____. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/350f2e53-bb87-4df0-9a90-126e6be1a85d>>. Acesso em: 16 jun. 2017. p. 4

_____. _____. _____. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/21fca4b3-524b-4bc0-bdc3-b7641d7c83a8>>. Acesso em: 16 jun. 2017. p. 3.

_____. _____. _____. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/d423573f-3d60-4118-8333-d7a9189fc2b9>>. Acesso em: 16 jun. 2017. p. 05.

_____. _____. _____. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/9e71dd0b-5ded-47ae-aada-902a0fa33d7f>>. Acesso em: 16 jun. 2017. p. 4.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho Intermediado e Precarização**. São Paulo: Síntese, v. 27, n. 322, abr. 2016. Edição Especial.

BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. **O novo espírito do capitalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CAPELAS, Estela; NETO, Miguel Huertas; MARQUES, Rosa Maria. Relações de Trabalho e Flexibilização. In: MARQUES, Rosa Maria e FERREIRA, Mariana Ribeiro Jansen (Org.) **O Brasil sob a nova ordem – A economia brasileira contemporânea: Uma análise dos governos Collor a Lula**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Adalberto (2000). **Trabalhar, verbo transitivo: destinos profissionais dos deserdados da indústria automobilística**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

CHAHAD, J. P. Z. Estabilização e desemprego em tempo de mudança: realidade e desafios no caso brasileiro. **Indicadores Econômicos FEE**. Porto Alegre: FEE, v. 26, n. 2, 1998, p. 253-282.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. **A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho e a Relação dos Princípios da Proteção da Primazia da Realidade no Direito do Trabalho**. 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2285>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. Disponível em: <<http://www.ltr.com.br/loja/folheie/4948.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DIEESE. **A situação do trabalho no Brasil**. São Paulo: DIEESE, 2001.

_____. **A situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000**. São Paulo: Dieese, 2012. Disponível em: <goo.gl/6P8l81>. Acesso em: 13 set. 2017.

FARIA, Maria da Graça Druck de. **Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios?** Ed. Caderno CRH, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/7126>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

GALEAZZI, Irene. Precarização do trabalho. In: CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena. **Dicionário de trabalho e tecnologia**. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

JACINTHO, José Jorge da Costa. **O enriquecimento sem causa na justiça do trabalho**. São Paulo: EDITE, n. 32, agosto a novembro. 2001. Quadrimestral. Instituto Toledo de Ensino.

HOFFMANN, B. P. Marise; COSTA, L. Patrícia; SANCHES, Solange. O Sistema PED: Pesquisa de Emprego e Desemprego em seis regiões metropolitanas. In: WILTGEN, R. S.; GARCIA, L.S. (Coords.) **Transformações do mercado de trabalho metropolitano: os 10 anos da PED-RMPA**. Porto Alegre: FEE; FGTAS/SINE-RS; DIEESE; SEADE-SP; FAT/TEM; PMPA, p.11-45, 2002.

KREIN, José Dari. **O capitalismo contemporâneo e a saúde do trabalhador**. Rev. Brás. Saúde ocup., São Paulo, v. 38 (128), p.179-198, 2013. Disponível em: <<http://unicamp.sibi.usp.br/bitstream/handle/SBURI/26297/S030376572013000200007.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. **A Logística da Precarização: terceirização do trabalho na Honda do Brasil**. São Paulo: Expressão Popular, 2004. 240 p.

_____; CAVALCANTI, Sávio. **Por uma definição de terceirização**. Caderno CRH, v. 25, n. 65, p. 331-346, maio/ago. 2012.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Livro I, vol. I e II. 2001.

42

NORONHA, Eduardo G. **“Informal”, ilegal, injusto: percepções do mercado de trabalho no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 18, n. 53, São Paulo, outubro, 2003.

OLIVEIRA, Clarisse Inês de. **Mediação Laboral: Perspectivas e Desafios Históricos para Efetivação de Direitos**. São Paulo: EDITE, n. 32, agosto a novembro. 2001. Quadrimestral. Instituto Toledo de Ensino.

OLIVEIRA, Laura Machado de. **“Pejotização” e a Precarização das Relações de Emprego**. Rio de Janeiro: PPGDS/UFF - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2013, p. 95-105. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/46735253/Mediacao_extrajudicial_e_justica_restaur.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498057101&Signature=CqvbhcmWNVZTutzc5F9aOh7ok%3D&response-contentdisposition=inline%3B%20filename%3DMediacao_extrajudicial_e_justica_restaur.pdf#page=101>. Acesso em: 16 jun. 2017.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. **O Sindicato e a sua Força na Negociação Coletiva**. Rev. TST, Brasília, v. 67, n. 4, out/dez, 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/51484/002_pereira.pdf?sequence=1> Acesso em: 21 jun. 2017.

SOARES, Marcos Antonio Tavares. **Trabalho Informal: da funcionalidade à subsunção ao capital**. Vitória da Conquista: Edições Uesb, 2008.

VASAPOLLO, Luciano. O trabalho atípico e a precariedade: elemento estratégico determinante do capital no paradigma pós-fordista. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006.

O IMPACTO SOCIAL DAS DISPENSAS COLETIVAS: PONDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS ABUSOS COMETIDOS CONTRA EMPREGADOS E O AUMENTO DE LITÍGIOS NO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA

Emanoela Taisa Moser Starke¹

Fabrisia Franzoi²

Resumo: O presente artigo tem como objeto o estudo do impacto social das dispensas coletivas, ponderando acerca dos abusos cometidos contra empregados e os malefícios à sociedade. O problema é a dispensa coletiva irregular e o impacto negativo na sociedade, gerando desempregos, aumento da pobreza e a falta de estrutura social. O objetivo foi abordar os efeitos dessas dispensas irregulares, pois a relação de emprego constitui ordem jurídica constitucional e humanitária. A pretensão é que, quando inevitáveis as dispensas, os empregadores se utilizem das negociações coletivas por meio dos sindicatos, pois estes terão o intuito de minimizar os impactos causados, conforme preveem os princípios norteadores do Direito do Trabalho e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988. O método de abordagem utilizado na elaboração deste trabalho foi o indutivo. O levantamento de dados foi realizado por meio da técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Aumento dos litígios. Dispensas Coletivas. Negociações Coletivas. Sindicato.

¹ Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí. Assistente de pesquisa do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Sociedade de Risco (GPDC-UNIDAVI). Estagiária do Ministério Público de Santa Catarina. emanoela.st@outlook.com.

² Doutoranda em Desenvolvimento Regional na FURB (2014); Mestre em Ciências Jurídicas na UNIVALI (2011). Atualmente é professora decana da Universidade para o Desenvolvimento do Alto Itajaí e Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. fabrisia.franzoi@trt12.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

A lei brasileira protege e garante a permanência do trabalhador contra despedidas arbitrárias e sem justa causa, de forma individual, não possuindo normas específicas quando se trata da dispensa coletiva. De um modo geral, teriam os mesmos direitos de uma dispensa individual, porém, quando visto de um modo social, os abalos nas dispensas coletivas acabam sendo destrutíveis perante a sociedade.

A motivação para escrever sobre o tema é a crescente litigiosidade no Judiciário Trabalhista brasileiro, devido aos danos causados pelos empregadores quando dispensam de forma coletiva e irregular, deixando de lado a função social da empresa em busca de um único objetivo: o aumento do lucro. As consequências são o aumento do desemprego, da violência, da sonegação, da inadimplência e, em determinados casos, o grande impacto nas regiões em que ocorrem tais dispensas.

44

O empregador possui o dever de analisar a propagação dos prejuízos causados por seus atos unilaterais no ambiente social. Quando não há esse cuidado, poderá sofrer consequências. Nesse sentido, analise-se que uma parcela de casos que chega ao Judiciário Trabalhista é tratada com base nos princípios, no direito comparado, em doutrinas e em jurisprudências. A insegurança jurídica é facilmente identificada, por haver a omissão no ordenamento jurídico. Por isso, discorre-se que o caminho a ser percorrido pelos empregadores é a efetuação das negociações coletivas por meio do sindicato, sob pena de serem partes passivas de ações judiciais, com condenações de acordo com os entendimentos do juízo *a quo* e do juízo *ad quem*.

A intenção consiste em demonstrar que há a possibilidade de minimizar os efeitos das dispensas coletivas, substituindo-as, quando possível, por meios alternativos e/ou compensatórios, reconhecendo o valor do obreiro ao estimular e garantir uma segurança, mesmo que não seja absoluta, pois a dignidade advinda do trabalho é imprescindível para que se tenha uma sociedade justa, na qual se incorpore meios eficazes para preservar e valorizar a força de trabalho, resultando, além disso, na diminuição de ações judiciais que sobrecarregam o Judiciário Trabalhista.

2 AS GARANTIAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, também conhecida como Constituição Cidadã, sucedeu “um marco na história da sociedade brasileira a partir do momento em que se configura como uma ruptura de um sistema opressivo e ditatorial por outro calcado na democracia e no respeito às garantias fundamentais” (ZAVANELLA, 2015, p. 21).

No momento da construção, que envolveu aquela Assembleia Constituinte, ocorreram ideias peculiares no que corresponde aos artigos inseridos na CRFB/1988, pois confrontava interesses de cada um dos constituintes, que tinham a intenção de expressar seus respectivos ideais (ZAVANELLA, 2015, p. 22).

Os temas de garantia de emprego e estabilidade advinda do regime anterior foram os que geraram muitas controvérsias e diversos debates para chegar a uma definição, pois havia, de um lado, os órgãos que representavam os empregados e, de outro lado, os empresários que discordavam de determinadas garantias (ZAVANELLA, 2015, p. 22).

Para resolver as controvérsias, realizaram um “acordo entre as lideranças políticas da época, pelo qual se substituiu a estabilidade pela indenização compensatória, além de outros direitos, o que se constatou como uma opção contraproducente em favor da manutenção do emprego” (ZAVANELLA, 2015, p. 22).

Ainda, existem “medidas políticas que buscam assegurar o primeiro emprego e a manutenção do nível de empregos (sentido econômico, sendo garantia/estabilidade no emprego o direito de se manter no emprego contra a vontade do empregador, por um lapso de tempo definido (sentido jurídico)” (VASCONCELLOS, 2010, p. 33). Porém, essa garantia não faz parte das normas legais vigentes, é apenas uma questão doutrinária.

Por vez, existe uma garantia constitucional, que é contra a dispensa arbitrária, visando “tornar a relação de emprego um bem jurídico constitucional duradouro, e mantê-la constante para que irradie seu efeito construtor e benéfico para a vida social” (SILVA, 2009, p. 651). Além da dispensa arbitrária, a CRFB/1988 cita a dispensa sem justa causa, sendo

importante diferenciar os conceitos, pois não são sinônimos. Assim, Manus traz em sua obra *Despedida arbitrária ou sem justa causa* a distinção:

A despedida arbitrária é o ato do empregador tendente a desfazer o contrato de trabalho, sem aparentemente motivação de ordem objetiva ou subjetiva. Já a dispensa sem justa causa é o ato de desfazimento do contrato de trabalho que, embora o empregador apresente razões de ordem subjetiva, não se funda em ato faltoso cometido pelo empregado. Isso significa que no caso de dispensa arbitrária não há qualquer justificação plausível ou razoável a fundamentar o ato do empregador. Já na hipótese de dispensa sem justa causa, trata-se de ato razoável, embora não fundado em falta cometida pelo empregado. Como ocorre na despedida por justa causa (MANUS, 1996, p.46).

O dispositivo legal está presente na CRFB/1988, no seu art. 7º, inciso I, que “prevê dentre os direitos assegurados aos trabalhadores, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”. Para Lorena Vasconcelos Porto, a interpretação do artigo supracitado “revela que a proteção da relação de emprego assegurada pela Constituição Federal de 1988 visa superar a situação trazida pelo advento do FGTS, mas, ao mesmo tempo, guarda diferenças marcantes com relação à estabilidade, nos moldes previstos pela CLT” (PORTO, 2009, p. 62).

O autor Martins entende que, se o Estado afirma que deve ser determinado “o pagamento de indenização, e não de reintegração, inexistirá o direito de estabilidade, ou seja, a legislação brasileira não assegura direito à estabilidade, mas ao regime do FGTS”, salvo em “determinadas questões especiais poder-se-á falar em estabilidade (membro da CIPA, gestante, etc.)” (MARTINS, 2016, p. 555).

Em ato contínuo ao art. 7º, inciso I, da CRFB/1988, supracitado, fala em Lei Complementar para regular “a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”, porém, “até o momento, essa lei complementar inexistente” (MARTINS, 2016, p. 556). Sendo assim, os legisladores se utilizam do art. 8º da Consolidação das Leis de Trabalho – CLT, que expressa:

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.

No Brasil, como até então demonstrado, o ordenamento jurídico protege a dispensa abusiva por meio de pagamento de indenização; quanto à reintegração, não há lei que determine. Portanto, o empregado terá direito de receber indenização, e não de ser reintegrado, salvo determinados casos, isso remete para a aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT à legislação ordinária de cada país, onde tratam do tema (MARTINS, 2016, p. 555-556).

Ocorre que, no Brasil, a Convenção nº 158 da OIT passa por grandes discussões, sendo denunciada como inconstitucional, porém “não se pode considerar a Convenção nº 158 da OIT inconstitucional, pois não se atrita com o inciso I do art. 7º da Constituição, sendo que este, apenas, confirma a orientação da norma internacional” (MARTINS, 2016, p. 555), e, dessa forma, será discorrido sobre a “(in)aplicabilidade” da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, bem como sobre o direito ao emprego.

47

Direito ao emprego

Considerando que, se na dispensa individual o sujeito sofre um grande abalo econômico, ao se tratar de dispensa coletiva, o abalo é consideravelmente maior, “não há como negar que, na massificação do evento extintivo contratual, esta interferência se torna tão exacerbada que acaba por destituir de mínima exponência qualquer outra motivação que se lhe poderia atribuir”. Observa-se que “o ato da dispensa como a prevalência do direito de ‘propriedade’ referente a um ato social sobre o direito de outro individualmente considerado, tão e quão maior é a excentricidade e a amplitude de efeitos que advêm da prevalência do mesmo direito”. Tais situações ocorrem “em relação a um dono do meio de produção ou capital, perante uma coletividade de direitos de propriedade sobre a força de trabalho emanada e, em última análise, sobre o produto de tal força e em expressão pecuniária de retribuição” (SIVONELLA, 2014, p. 47).

Ainda, “tal supremacia unilateral que o direito ao pleno emprego e sua continuidade encerra valor à dignidade da pessoa humana que não

pode ser entendido como violado, no que tange ao direito do cidadão desempregado, por seu turno, fica à margem da sociedade”, no qual acaba que “sobrevivendo em grau de precariedade que dificulta e prejudica diretamente o exercício pleno de seus vínculos familiares e afetivos, e sua própria participação na sociedade, como ser produtivo e que colabora com o seu desenvolvimento” (SIVONELLA, 2014, p. 47).

Portanto, “não há como se negar que o afastamento do escopo original da ciência do Direito do Trabalho é deveras agravado quando ‘a apropriação da vontade alheia’ se dá em âmbito coletivo”. Nota-se que, por si só, a “dispensa arbitrária em âmbito individual já se mostra como expressão maior da subsunção da hipossuficiência do trabalhador à vontade do detentor dos meios de trabalho”. No que tange à dispensa coletiva, elevam-se os inúmeros e repentinos “casos de indivíduos postos à margem do direito a exercer sua cidadania através da utilização produtiva de sua força de trabalho em prol da sociedade e da busca concomitante por sua subsistência e pela de sua família” (SIVONELLA, 2014, p. 59).

48

É importante que se tomem medidas quanto às dispensas coletivas, pois quanto “mais frequentes se tornam as dispensas ‘em massa’, e mais intensa a coletivização da dispensa, mais urgente se torna a discussão acerca dos sistemas de proteção à dispensa, os quais se revestem de caráter de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo”. Logo, “se é coletiva a dispensa arbitrária, também é ‘coletivo’ o dano aos direitos ligados ao âmago do indivíduo e ao seu *status* de pessoa, sendo premente a necessidade de se aferir a eficácia das garantias limitadoras de tal prática” (SIVONELLA, 2014, p. 59).

O direito ao pleno emprego é relevante para toda a sociedade, visto que está consagrado pela CRFB/1988, que garante e protege os direitos humanos, bem como o mínimo para uma vida equilibrada e segura, assim Garcia, citando Barbosa, discorre sobre a segunda dimensão, na qual traz o tema dos direitos sociais:

A segunda dimensão corresponde justamente aos direitos sociais, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, bem como os direitos trabalhistas e previdenciários, enfatizados no início do século XX. O objetivo, no caso, é de corrigir as desigualdades sociais e econômicas, procurando solucionar os graves problemas decorrentes da “questão

social”, surgida com a Revolução Industrial (GARCIA, 2012, p.7).

Consequentemente, o direito ao emprego é um direito social e, assim, os desempregos causados pela dispensa coletiva afetam diretamente toda a sociedade, causando prejuízos econômicos para os indivíduos e para o todo o meio social, isso significa que a dispensa coletiva reflete negativamente “na vida particular-social-moral-profissional do trabalhador dispensado”, ou seja, “traz repercussões que ultrapassam a esfera particular dessas pessoas, podendo afetar a própria ‘ordem socioeconômica no mercado de trabalho, sobretudo quando o número de trabalhadores dispensados for significativo’”. Com isso, pode-se imaginar “a demissão de milhares de trabalhadores de uma grande empresa, funcionando numa pequena municipalidade, para se chegar à conclusão do abalo de toda economia de mercado desse local” (COSTA, 2010, p. 828).

A dispensa coletiva acompanha outro instituto que muitas vezes pode ser utilizado, porém, da mesma forma não possui regulamentação, que é a dispensa voluntária, nesse caso, existe um consenso entre as partes do contrato de trabalho; de um lado, o empregador oferece vantagens ao empregado, este pode aceitar, ou não, portanto a ruptura do vínculo é formalizada de maneira unilateral do empregador, com a ressalva do consenso, pois este não se opõe à dispensa (NASCIMENTO, 2009, p. 96). A demissão voluntária tem característica de ato jurídico complexo, visto que a iniciativa do empregador é unilateral, porém é preciso ter declaração de vontade do empregado (NASCIMENTO, 2009, p. 962).

De acordo com o que foi visto, a problemática é a inexistência de norma específica regulando as dispensas coletivas, contudo a CRFB/1988, no art. 8º, dá a garantia de uso de jurisprudência, analogia, 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 (BRASIL, 1988) reconhece, ainda, no art.7º, XXVI, as convenções e acordos coletivos (BRASIL, 1988). A base de fundamentos para combater a irregularidade das dispensas coletivas são os princípios, em especial, a função social da empresa. Além de fornecer empregos, o empregador deve garantir essas relações pactuadas.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O princípio da função social tem garantia constitucional em diversos campos sociais, fala-se em função social da propriedade (art.5º, XXIII, e art.170, III, da CRFB/1988) a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, estabelecendo o estatuto jurídico para cumprir a função social (art.173, §1º, I, da CRFB/1988), nas políticas urbanas, onde a propriedade urbana deve cumprir sua função social (art. 182, §2º, da CRFB/1988) e nos casos de desapropriação e reforma agrária, sendo essencial que a propriedade cumpra sua função social (arts.184 e ss. da CRFB/1988).

50 E o Código Civil expressa no art. 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, Lei n. 10.406, 2002). Por sua vez, a Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005, no art. 47 aduz que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, permitindo “a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (BRASIL, Lei n. 11.101, 2005).

A função social tem a pretensão de “regular a vida humana na sociedade, estabelecendo regras de conduta que devem ser respeitadas por todos”. Esse pensamento vem do Direito Romano, no qual “já se dizia que, onde existe sociedade, aí existirá Direito (*ubi societas, ibi ius*) e, reciprocamente, onde existe Direito, aí existirá sociedade (*ubi ius, ibi societas*)”. Com isso, “pode-se dizer que o Direito é que está a serviço da sociedade e não esta a serviço do Direito. Não há como negar, porém, que o Direito desempenha função social, que é fundamental para regular a vida humana em sociedade” (MARTINS, 2016, p. 131).

Dessa maneira, a empresa deve atuar para atingir não somente os interesses dos sócios, mas também os da coletividade, a função é em prol dos interesses de outrem, e não de seu próprio (COMPARATO, 1996, p. 43). O legislador, ao colocar a função social na CRFB/1988 na esfera da ordem econômica, teve a intenção de incentivar o empreendedorismo, aumentando o exercício da livre-iniciativa pelas entidades privadas. A atividade econômica e a utilização de seus próprios recursos resultariam

em um fim social, promovendo o desenvolvimento econômico, no qual se buscaria o pleno emprego, garantindo a dignidade humana e a diminuição das desigualdades sociais (MARTINS, 2012, p. 26).

O trabalhador deve ser tratado com dignidade ao exercer sua função, com base nos princípios primordiais dos direitos humanos, pois o contrato por si mesmo não garante sua igualdade, visto que o trabalhador aliena sua liberdade, sua mão de obra física e até mesmo seu conhecimento intelectual em troca de remunerações suficientes para sobreviver na sociedade (MARTINS, 2012, p. 33).

Os princípios possuem ligações, assim, Delgado, coloca que a “Constituição da República brasileira, em consonância com os princípios da valorização do trabalho e da justiça social – a par do próprio princípio constitucional máximo, da dignidade da pessoa humana –, reconhece o sistema capitalista no país” e, nesse viés, “a propriedade privada dos meios de produção e de qualquer bem material ou imaterial”, inquestionavelmente, submete a “propriedade à sua função social e, na mesma medida, função ambiental” (DELGADO, 2010, p.35).

51

No entanto, “o empregador pode dispensar empregados por motivos econômicos, tecnológicos ou análogos, como vêm ocorrendo, mas convém que antes das dispensas dê uma oportunidade de diálogo aos trabalhadores”, contudo examinando “com as mesmas alternativas para as dispensas coletivas que, formalizadas como acordo coletivo, terão plena validade”, mesmo que venham a ter “redução salarial ou da jornada de trabalho, autorizadas pela nossa lei constitucional” (NASCIMENTO, 1996, p. 734).

É importante que a presença do sindicato nessa busca pela função social e na efetivação da dignidade da pessoa humana se pautem pela boa-fé dos envolvidos e nos seus deveres de informação e transparência. O Estado do mesmo modo se faz necessário como guardião da CRFB/1988, efetivando o controle e combatendo os excessos cometidos em busca do aumento de lucros e de capital, que são, em muitos casos, o desequilíbrio da balança (ZAVANELLA, 2015, p. 48).

A função social da empresa não possui um caráter apenas econômico, ela é fonte de empregos e renda para fornecedores, entre outros

envolvidos. A sociedade é atingida de forma geral, por isso, quando o problema central da empresa é financeiro, é preciso oferecer meios jurídicos para salvar a empresa em meio à crise econômica e, depois de esgotadas todas as tentativas, cogitar a liquidação (WALDRAFF, 2008, p. 46).

Os reflexos de uma empresa afetam a estabilidade do país, pois a ordem econômica está anexa ao setor empresarial, o qual gera empregos, receita e movimenta a economia (WALDRAFF, 2008, p. 51). A crise econômica cria situações nas quais os trabalhadores compartilham o ônus, podendo ser de forma vinculada ou temporária, as medidas de recuperação empresarial para ter pelo menos a mínima garantia de sobrevivência (WALDRAFF, 2008, p. 54-55).

A empresa, para ter equilíbrio, precisa ir além de oferecer emprego, é necessário que a função social seja alcançada e, para que isso ocorra, a empresa deve seguir determinados princípios primordiais, a ordem econômica e a sociedade, assim a CRFB/1988, no art.170, *caput*, e nos seus incisos, assegura a todos a existência digna, a livre iniciativa, a busca de pleno emprego, a redução de desigualdades sociais e promove a justiça social (BRASIL, 1988). Para Waldraff,

A valorização da função social dos institutos jurídicos está situada justamente na fronteira entre a concepção de um Estado Liberal, fundado na valorização e na proteção da autonomia da vontade e da iniciativa individual, e o Estado Social, fundado na valorização e promoção da igualdade e do bem-estar coletivo (WALDRAFF, 2008, p. 27).

A indissociável ligação entre a dignidade da pessoa humana e o pleno emprego é o que se demonstra na forma de como o novo Estado Social de Direito necessita aplicar as estratégias econômicas, se assim o fizer, evitará colapsos futuros que não afetarão apenas o âmbito econômico, mas, também, o social, distanciando a igualdade substancial dos cidadãos. Isso significa que aqueles que compõem as vontades nos setores mais afetados, os trabalhistas, serão os que terão de arcar com os débitos a pagar pela crise, as medidas restritivas de direito, reduzindo-se a um vazio jurídico, até mesmo em contrariedade à própria essência do Estado Democrático de Direito (SIVOLELLA, 2014, p. 71). Nas palavras de Souto Maior,

A própria viabilidade do capitalismo (e das empresas, por óbvio)

passou a ser medida, exatamente pela sua capacidade de se garantir a eficácia dos valores humanos, inscritos na ordem jurídica, decorrentes da racionalidade social. Não há crise econômica, portanto, que possa remeter ao passado em termo de compreensão da dignidade humana, pois o conhecimento é, necessariamente, evolutivo. Nesse sentido, se há uma crise que fundamente o argumento da retirada dos direitos trabalhistas, para socorrer os capitalistas, trata-se de uma crise educacional, que desconsidera o conhecimento em torno da história da humanidade, ou de uma crise moral, que não requer explicações (SOUTO MAIOR, 2013, p. 110).

Por meio das instabilidades econômicas tenta-se achar alternativas compatíveis com o desenvolvimento social e econômico e, assim, evitar determinadas ações que geram impacto social negativo, que infringem até mesmo bases constitucionais e princípios próprios da ordem econômica. Sabe-se que mudanças negativas ocorrem, porém faz-se necessário entender a crise como o

grave desequilíbrio conjuntural entre a produção e o consumo, acarretando aviltamento dos preços e/ou moeda, onda de falências e desemprego, desorganização dos compromissos comerciais; fase de transição entre um surto de prosperidade e outro de depressão, ou vice-versa (HOUAISS, 2009, p. 872).

53

O resultado inevitável desse desequilíbrio atinge não só o próprio mercado de trabalho, mas também toda a dinâmica social e as relações que lhe são conexas, e assim aumenta a já natural tensão entre as diferentes camadas econômicas da população (SIVOLELLA, 2014, p. 72), quebrando a ligação entre um desenvolvimento sustentável e os direitos trabalhistas. O impacto social causado por dispensas coletivas infringe direta e indiretamente essências dos seres humanos e assim,

Entre muitos múltiplos efeitos, o desemprego contribui para a “exclusão social” de alguns grupos e acarreta a perda de autonomia de autoconfiança e de saúde física e psicológica. Não é difícil perceber a evidente incongruência que há nas tentativas europeias atuais de voltar-se para um clima social mais centrado no esforço pessoal sem conceber políticas adequadas para reduzir os elevados e intoleráveis níveis de desemprego que dificultam ao extremo a sobrevivência graças ao esforço pessoal (SEN, 2000, p. 35-36).

A crise econômica gera a crescente queda do mercado de trabalho e o aumento do desemprego. Para que haja uma diminuição desses impactos

sociais, há como aplicar medidas alternativas ou compensatórias, uma das formas é o que expressa a Lei nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965, que tem como intuito o cadastro permanente das admissões e dispensas de empregados, estabelecendo medidas contra o desemprego e de assistência aos desempregados (BRASIL, Lei nº 4.923, 1965). Essa Lei não rege propriamente as dispensas coletivas, e, sim, legisla sobre medidas que podem ser utilizadas em tempo de crise econômica, evitando, dessa forma, o desemprego.

A Lei segue no art. 2º a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho. O empregador poderá fazê-lo mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados. Assim, terá o prazo estabelecido que não ultrapasse a 3 (três) meses, prorrogável, se necessitar, e nas mesmas condições do primeiro prazo, ainda com a redução salarial estabelecida no mesmo artigo (BRASIL, Lei nº 4.923, 1965). Dessa forma, o empregador pode optar de forma consciente por uma tentativa de salvar o emprego de seus funcionários e proteger a sua empresa e, assim, não utiliza a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

54

A dispensa arbitrária não faz menção à forma individual ou coletiva, apenas se baseia na motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Assim, por motivo disciplinar deve ser entendida a relação do empregado, no cumprimento de suas obrigações, com o empregador. Dentro disso, existe a figura da justa causa, que é prevista na legislação ordinária, e não ocorre apenas pelo descumprimento de ordens gerais de serviços (MORAIS, 2007, p.182).

No que se confere à CLT, é o art. 482 que elenca de forma taxativa os motivos de rescisão de contrato de trabalho com justa causa, não constando a crise econômica como hipótese para dispensas, nem de forma individual nem mesmo a coletiva, por analogia (BRASIL, Decreto nº 5.452, 1943).

A empresa tem suas responsabilidades sociais, porém o Estado tem o mesmo dever de interferir no domínio econômico, em que pese ao Texto Constitucional de 1988 tenha consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a interferir no domínio econômico como agente normativo e regulador. O Estado precisa interferir em causas que envolvem a economia do país por exercer funções de fiscalização, incentivo e

planejamento indicativo ao setor privado, desde que se atente aos princípios constitucionais da ordem econômica (MORAIS, 2007, p. 770). Nas palavras de Bezerra Leite:

[...] com a globalização econômica, o Estado vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influenciavam sua economia. Nota-se, claramente, a perda da capacidade estatal de formular e implementar políticas públicas, comprometendo o seu poder de garantir os direitos sociais (BEZERRA LEITE, 2016, p. 50).

O reconhecimento da atuação do Estado para garantir os direitos sociais e fundamentais é relevante no que equivale à fiscalização, contudo é a empresa que disponibiliza empregos e faz com que a economia cresça no país, garantindo o mínimo e necessário para a sobrevivência humana.

Portanto, a empresa é “vista como manifestação da função social da propriedade de meios de produção, tem consequências evidentes em todos os âmbitos de atuação empresarial”. A origem da questão é “cumprimento integral dos direitos trabalhistas, assim como de obrigações de ordem previdenciária, tributária, ambiental e consumerista”, por deixarem “de ser simples obrigação derivada das relações jurídicas tecidas nas cadeias negociais celebradas”, revelando-se “como consequência natural do papel central atribuído à empresa na ordem constitucional” (WALDRAFF, 2008, p. 34).

55

O que se espera é o real desenvolvimento sustentável, sendo indispensável a projeção de assuntos que representam a justiça e o bem-estar social, com o objetivo de aplicação imediata e eficaz, deixando como legado para as futuras gerações usufruírem dessas garantias e, ainda, com o livre acesso à justiça. A relação de emprego é essencial para que a sociedade tenha equilíbrio financeiro, psicológico, educacional e moral.

Logo, para que essas pretensões de uma sociedade sustentável sejam concretizadas, é preciso haver medidas alternativas para diminuir essas dispensas unilaterais que causam o grande impacto social e é, nesse ponto, que se encontra respaldo nas negociações coletivas, juntamente com o sindicato, órgão capaz de entrar em comum acordo com o empregador, ver as reais necessidades da empresa e pensar no coletivo.

Observam-se situações em que a própria empresa não busca nenhum

acordo, muito menos, quando se trata de planejamento com sindicato, e acaba por dispensar os trabalhadores sem se atentar às necessidades básicas de cada um e da sociedade, para isso, como já foi demonstrado, não há lei específica, porém há muitos entendimentos, os quais punem as empresas, pela via processual, quando poderia ter sido evitado com a simples implantação da negociação coletiva.

4 A PROPOSITURA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA PELO SINDICATO

A CLT, no art. 511, estabelece que “é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais, de todos que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissões similares ou conexas” (BRASIL, Decreto nº 5.452, 1943). Porém, nada fala do conceito do sindicato.

56

Para Martins, “sindicato é, assim, a associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando à defesa dos interesses coletivos e individuais de seus membros ou da categoria”. O sindicato pode reunir pessoas físicas e jurídicas, contudo essas pessoas deverão exercer atividades econômicas, que são os empregadores, ou profissionais, que são os empregados ou profissionais liberais. Assim, o sindicato defenderá os interesses individuais, mas principalmente os coletivos, de seus membros ou da categoria, que pode ser judicial ou extrajudicialmente (MARTINS, 2016, p. 1053-1054).

A natureza jurídica do sindicato é privada, pois o *caput* do art. 8º da CRFB/1998 aduz que “é livre a associação profissional ou sindical” (BRASIL, 1988). O sindicato faz normas coletivas, como as convenções e acordos coletivos, que não possuem natureza pública, mas, sim, privada. O reconhecimento do sindicato pelo Estado não transforma o sindicato em entidade de direito público, nem mesmo as negociações coletivas (MARTINS, 2016, p. 1055).

Ainda, a CLT, no art.516, expressa que “não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica

ou profissional, ou profissional liberal, em uma base territorial”. Não se admitindo mais o sindicato distrital (art. 517 da CLT), que foi derogado pela CRFB/1988 (MARTINS, 2016, p. 1059).

As entidades sindicais de grau superior são as federações e as confederações (art.533 da CLT): as federações, organizadas nos Estados-Membros, são entidades estaduais (MARTINS, 2016, p.1083-1084). Poderão ser constituídas desde que congreguem número não inferior a cinco sindicatos, representando a maioria absoluta de um grupo de atividade ou de profissões idênticas, similares ou conexas (art.534 da CLT); já as confederações são entidades do âmbito nacional, constituídas de no mínimo três federações, tendo sede em Brasília (art.535 da CLT).

As funções dos sindicatos são de representação, negocial, econômica, assistencial, política e social, porém possuem particularidades específicas e até mesmo determinadas funções proibidas, como, por exemplo, a função política (art. 521, alínea “d”, da CLT). Neste caso das dispensas coletivas, falar-se-á apenas da função representativa e negocial, por serem essenciais. (MARTINS, 2016, p. 1097-1100).

A função de representação do sindicato possui prerrogativa de representar os interesses da categoria ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida, perante as autoridades administrativas e judiciárias (MARTINS, 2016, p. 1097).

Por vez, a função negocial é a que se observa na prática das convenções e acordos coletivos de trabalho. Assim, o sindicato participa das negociações coletivas que serão aplicadas à categoria. Quando finalizadas as negociações, são realizadas cláusulas que irão estar contidas nas convenções ou acordos coletivos, estabelecendo normas e condições de trabalho. Alguns direitos só poderão ser modificados por meio da negociação coletiva, sendo obrigatória a presença do sindicato (MARTINS, 2016, p. 1098).

A negociação coletiva é considerada “uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam os diferentes entendimentos existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições”. No caso de a negociação coletiva resultar infrutífera, não haverá a produção da norma coletiva (MARTINS, 2016, p. 1166-1167).

Diferentemente do acordo e da convenção coletiva que são facultativos, a negociação coletiva é obrigatória, visto que aqueles são o resultado desta. A negociação coletiva é que conduz a norma coletiva, sendo uma fase necessária para a instauração do dissídio coletivo (art.114 da CRFB/1988); no caso de frustrada, as partes poderão eleger árbitros (art.114, §1º, da CRFB/1988). Ainda, se as partes se recusarem à negociação coletiva, bem como à arbitragem, poderão as partes ou a empresa (art.114, §2º, da CRFB/1988) interpor o dissídio coletivo (MARTINS, 2016, p.1.168-1.169).

Em se tratando de sindicatos das categorias econômicas ou profissionais e as empresas, até mesmo as que não possuem representação sindical, quando provocadas, não podem se recusar de realizar a negociação coletiva (art. 616 da CLT), porém não são obrigadas a concordar e concluir com a proposta de acordo. Portanto, não há impedimentos para realização de negociação coletiva entre os empregados e empregadores. Nesse contexto, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região assim aduz:

DISPENSA COLETIVA (OU EM MASSA). NEGOCIAÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA AUSÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO. A Negociação coletiva é obrigatória para a dispensa coletiva, capaz de evitar o impacto social de ordem privada e coletiva, com o desvirtuamento da função social da empresa. Prevalência da função social da empresa contra o arbítrio de dispensas massivas e descarga dos seus efeitos na sociedade. Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica em que se declara a injuridicidade do evento lesivo, a pendência de negociação coletiva e de uma solução conciliatória, bem como a classificação jurídica do fato apta a ensejar uma indenização compensatória (CF, 7º, I) de 03 vezes a remuneração de cada trabalhador dispensado, além do quanto oferecido pela empresa de 12 meses de cesta básica e 06 meses de convênio médico, sem prejuízo das ações individuais condenatórias de reparação dos danos por arbitramento judicial em juízo de equidade. (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 52ª Vara do Trabalho de São Paulo – RT Ord. 1000003-38.2016.5.02.0052).

É intolerável a aceitação de dispensas coletivas sem haver negociações coletivas. Tal aceitação é contrária ao direito de solidariedade. O ato discricionário do empregador sem se atentar à motivação objetiva, e muito menos observar os critérios e/ou padrões que poderiam ser fixados nas negociações coletivas, é negar a efetividade do princípio da solidariedade.

(ZAVANELLA, 2015, p. 36). Portanto, a decisão de uma possível dispensa coletiva deve ser acompanhada de elementos que a justifiquem, partilhando e esclarecendo os trabalhadores sobre o assunto, juntamente com o ente sindical (ZAVANELLA, 2015, p. 38). Nesse sentido, os Informativos nºs 17 e 34 do Tribunal Superior do Trabalho, respectivamente, demonstram que há exigência de negociação coletiva com o sindicato profissional, nos termos a seguir:

DC. Greve. Abusividade. Não configuração. Dispensa coletiva. Exigência de negociação com o sindicato profissional. Ao contrário da dispensa individual, que se insere no poder potestativo do empregador, a dispensa coletiva tem relevante impacto econômico, social e jurídico sobre os trabalhadores, seus familiares, a comunidade empresarial, a população regional e o mercado econômico interno, configurando-se matéria própria da negociação coletiva mediante a imprescindível participação do sindicato profissional, nos termos do art. 8º, III e VI, da CF. Caberá à negociação ou à sentença normativa proferida nos autos de dissídio coletivo, caso as partes não cheguem a um acordo, fixar as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, amortizando o impacto da dispensa massiva sobre o conjunto dos trabalhadores afetados. Com esse entendimento, e não vislumbrando abusividade na greve deflagrada pelos empregados da CAF Brasil Indústria e Comércio S.A. com o objetivo de tentar regulamentar a despedida em massa, a SDC, por unanimidade, conheceu do recurso ordinário, no tópico, e no mérito, negou-lhe provimento. TST-RO-173-02.2011.5.15.0000, SDC, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 13.8.2012. (Grifo original).

DC. Natureza jurídica. Cabimento. Encerramento da unidade industrial. Dispensa em massa. Prévia negociação coletiva. Necessidade. A SDC, por maioria, entendendo cabível o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica para se discutir a necessidade de negociação coletiva, com vistas à efetivação de despedida em massa, negou provimento ao recurso ordinário no tocante à preliminar de inadequação da via eleita, vencidos os Ministros Antônio José de Barros Levenhagen, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Maria de Assis Calsing. No mérito, também por maioria, vencidos os Ministros Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Fernando Eizo Ono, a Seção negou provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida que declarou a ineficácia da dispensa coletiva e das suas consequências jurídicas no âmbito das relações trabalhistas dos empregados envolvidos. No caso, reafirmou-se o entendimento de que a exigência de prévia negociação coletiva para a dispensa em massa é requisito essencial à eficácia do ato empresarial,

pois as repercussões econômicas e sociais dela advindas extrapolam o vínculo empregatício, alcançando a coletividade dos trabalhadores, bem com a comunidade e a economia locais. Ressaltou-se, ademais, que o fato de a despedida coletiva resultar do fechamento da unidade industrial, por questões de estratégia empresarial e redução dos custos de produção, não distingue a hipótese dos outros casos julgados pela Seção, pois a obrigatoriedade de o empregador previamente negociar com o sindicato da categoria profissional visa ao encontro de soluções que minimizem os impactos sociais e os prejuízos econômicos resultantes da despedida coletiva, os quais se mostram ainda mais graves quando se trata de dispensa da totalidade dos empregados do estabelecimento, e não apenas de mera redução do quadro de pessoal. TST-RO-6-61.2011.5.05.0000, SDC, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 11.12.2012. (Grifo original).

Assim, a negociação coletiva realizada por meio do sindicato é a forma adequada para encontrar métodos alternativos ou compensatórios perante uma dificuldade, seja por motivos econômicos, tecnológicos, etc., resguardando os direitos dos trabalhadores sem deixar de analisar as reais necessidades da empresa.

60

Métodos alternativos ou compensatórios

As negociações coletivas possuem a capacidade de encontrar soluções que venham a ser benéficas tanto para o empregador como para o empregado. As dispensas coletivas realizadas com o acompanhamento do sindicato terão uma significativa diminuição de impacto perante a sociedade. O voto condutor da Desembargadora Ivani Contini Bramante, no julgamento do Dissídio Coletivo de Greve TRT/SP 2º Região - SDC nº 20281.2008.0000.2001, demonstra algumas das medidas possíveis:

DESPEDIDA EM MASSA. NULIDADE. NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. GREVE DECLARADA LEGAL E NÃO ABUSIVA. Da greve. Legalidade. 1. A greve é maneira legítima de resistência às demissões unilaterais em massa, vocacionadas à exigir o direito de informação da causa do ato demissivo massivo e o direito de negociação coletivo. Aplicável no caso os princípios da solução pacífica das controvérsias, preâmbulo da CF; bem como, art. 5º, inciso XIV, art. 7º, XXVI, art. 8º, III e VI, CF, e Recomendação 163 da OIT, diante das demissões feitas, sem buscar soluções conjuntas e negociadas com Sindicato. Da despedida em massa. Nulidade. Necessidade de procedimentalização. 1. No ordenamento jurídico nacional a despedida individual é regida pelo

Direito Individual do Trabalho, e assim, comporta a denúncia vazia, ou seja, a empresa não está obrigada a motivar e justificar a dispensa, basta dispensar, homologar a rescisão e pagar as verbas rescisórias.

2. Quanto à despedida coletiva é fato coletivo regido por princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, material e processual.

3. O direito coletivo do trabalho vem vocacionado por normas de ordem pública relativa com regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva, não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. Portanto, deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômicos e ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o Sindicato, mediante adoção de critérios objetivos.

4. É o que se extrai da interpretação sistemática da Carta Federal e da aplicação das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e dos princípios Internacionais constantes de Tratados e Convenções Internacionais, que embora não ratificados, têm força principiológica, máxime nas hipóteses em que o Brasil participa como membro do organismo internacional como é o caso da OIT. Aplicável na solução da lide coletiva os princípios: da solução pacífica das controvérsias previsto no preâmbulo da Carta Federal; da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e da função social da empresa, encravados nos artigos 1º, III e IV e 170, caput e inciso III da CF; da democracia na relação trabalho capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, conforme previsão dos arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI e artigos 10 e 11 da CF bem como previsão nas Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil: 98, 135 e 154. Aplicável ainda o princípio do direito à informação previsto na Recomendação 163, da OIT, e no artigo 5º, XIV, da CF.

5. Nesse passo deve ser declarada nula a dispensa em massa, devendo a empresa observar o procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: 1º abertura de PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA; 2º remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico; 3º redução de jornada e de salário; 4º suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei; 5º e por último mediante negociação, caso inevitável, que a despedida dos remanescentes seja distribuída no tempo, de modo minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detém menores encargos familiares” (TRT - 2a R. - SDC - Proc. 20281.2008.0000.2001 - Rel. Ivani Contini Bramante).

A ementa expressa medidas progressivas de dispensa e fundadas

em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: 1º Abertura de plano de demissão voluntária; 2º Remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico; 3º Redução de jornada e de salário; 4º Suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei; 5º, por último, mediante negociação, caso inevitável que a despedida dos remanescentes seja distribuída no tempo, de modo a minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detêm menores encargos familiares.

Como visto, são medidas alternativas e outras compensatórias que produzem efeitos menos devastadores na sociedade. O rol pode ser alterado pelo sindicato juntamente com empregados e empregadores, encontrando outras medidas menos prejudiciais para todas as partes envolvidas, atentando-se aos princípios que regem a vida humana.

62

Com a simples implantação da negociação coletiva é possível diminuir os impactos sociais. Caso persista o empregador em dispensar unilateralmente, sem negociações coletivas, medidas judiciais devem ser tomadas para punir e compensar a sociedade dos prejuízos causados.

5 APLICAÇÕES DE VIAS PROCESSUAIS EM CASO DE DISPENSA IRREGULAR

No Direito do Trabalho moderno é demonstrado um pensamento de proteção contra dispensa, na qual consiste na restrição ao exercício unilateral do empregador. É, também, inevitável reconhecer que há certa dose de proteção ao emprego e certos limites ao livre direito de despedir, uma vez que “esquecer o sentido social da proteção e segurança do emprego e relegá-lo ao mero jogo das relações sociais é o mesmo que reduzir à barbárie as relações sociais e aceitar que o progresso econômico deve ser conseguido a qualquer custo”, ainda “que o homem se transforme em meio, e não fim deste desenvolvimento” (SILVA, 1992, p. 109-110).

Com base nessa fundamentação é que se chegou ao fim pretendido, no qual busca a dispensa socialmente justificada, observando os interesses sociais para ambas as partes do contrato de trabalho, cuja flexibilização tenta-

se conciliar num ponto justo de equilíbrio. Tal equilíbrio entre dispensa e segurança no emprego é uma busca contínua de todos os sistemas jurídicos da atualidade (SILVA, 1992, p. 109-110). Essa questão é de extrema importância, pois a dispensa pode ser uma solução para a empresa que está em crise, enquanto o aumento do desemprego leva a sérias consequências sociais. Logo, é indispensável a observância que Busato ressalta:

O desemprego desprograma o ser humano, mexe com a sua autoestima e o induz à depressão e à violência. É, por isso mesmo, não apenas uma enfermidade social, mas também – e mais que tudo – uma enfermidade moral. Quando atinge os jovens, o quadro ainda é mais preocupante, pois compromete o futuro do país, dissemina violência e põe em xeque a credibilidade das instituições do Estado (BUSATO, 2006, p. 31).

O anseio demonstrado nas negociações coletivas é justamente evitar as consequências do desemprego, porém há dois lados e com interesses distintos que podem ser analisados. Nada impede que se encontrem soluções alternativas, em vez de simplesmente o empregador dispensar em massa os trabalhadores, jogando para a sociedade a responsabilidade de suprir as necessidades de cada trabalhador afetado, além de seus dependentes que indiretamente sofrerão abalo econômico. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região/SP defende:

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA EM MASSA DE TRABALHADORES. AUSÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO PRÉVIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DISSÍDIO COLETIVO POSTERIOR. O que determina o dano moral coletivo é a conduta ilícita do empregador, que atinge a esfera moral da sociedade, como no caso em exame, em que a empresa procede a dispensa em massa dos trabalhadores, violando o princípio constitucional do trabalho, que conceitua também o princípio da dignidade do trabalhador. A reparação é devida com o fim de restituir o patrimônio imaterial em face do ato ilícito em relação a grupo de trabalhadores, no importe de R\$50.000,00, com o fim de atribuir caráter pedagógico à condenação, levando em consideração que, em dissídio coletivo o grupo de trabalhadores teve garantida a nulidade do ato, tendo a empresa realizado acordo que possibilitou amenizar a conduta ilícita já perpetrada. Recurso de revista conhecido e provido” (TST - 6ª T. - RR 9800-84.2009.5.02.0251 - Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga - DEJT 28/9/2012).

Como demonstra a ementa, a atitude ilícita da empresa não é

em si a dispensa coletiva, pois não há lei que a proíba nem mesmo regule tais dispensas. O ato ilícito é a empresa não se atentar aos princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, quando não realiza as negociações coletivas para proteger o mínimo existencial do ser humano, infringindo, então, a esfera moral da sociedade. Essa atitude resulta na instauração dos dissídios coletivos, nos quais o procedimento é regulado nos arts. 856 a 875 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, Decreto nº 5.452, 1943).

Martins destaca que o dissídio coletivo poderá ser interposto após ter se esgotado todas as tentativas de solução negocial entre as partes ou pela arbitragem. Assim, “a tentativa de negociação ou arbitragem vem, obrigatoriamente, anteceder a instauração da instância no dissídio coletivo”. Porém, “a simples remessa de carta de ofício, propondo negociação coletiva, sem prova de recebimento pelo destinatário, não é suficiente para demonstrar a existência de negociação prévia efetiva” (MARTINS, 2016, p. 924). A CLT, no seu § 4º do art. 616, estabelece que a negociação coletiva é obrigatória apenas ao dissídio coletivo de natureza econômica, e não ao de natureza jurídica (BRASIL, Decreto nº 5.452, 1943).

64

O dissídio coletivo, segundo Martins, concede novas condições de trabalho. É um processo com o intuito de resolver os conflitos coletivos, por meio de pronunciamento do Poder Judiciário. Tem o objetivo de criar ou modificar condições de trabalho para determinada categoria ou interpretando norma jurídica. Vale ressaltar que é um processo porque há pretensão resistida do réu (MARTINS, 2016, p.916).

Já o dissídio coletivo por Bezerra Leite, “não deve ser analisado como um processo em si, mas, ao revés, como ação, pois é esta que instaura o processo. Vale dizer, dissídio coletivo não é um processo, e sim uma ação. Melhor seria, então, ser chamada de ‘ação de dissídio coletivo’”. Ainda, o mesmo autor aduz que não são “apenas os sindicatos das categorias econômicas e das categorias profissionais que são legitimados para propor o dissídio coletivo”, mas, também, “o Ministério Público do Trabalho, nos casos de greve que atinja interesse público, ou a própria empresa, na hipótese de malogro de celebração de acordo coletivo ou de greve.” (LEITE, 2016, p. 1538-1539).

No dissídio coletivo postulam interesses abstratos de um grupo social ou de uma categoria. Pretendem, em regra, criar novas condições de trabalho pelo Tribunal, as quais serão aplicadas a pessoas indeterminadas, seja para as que já pertencem à categoria, seja para as que irão pertencer (SARAIVA; MANFREDINI, 2016, p. 772).

A instauração de dissídio coletivo é facultada às partes conforme aduz o § 2º do art. 114 da CRFB/1988, sendo obrigatória a participação do sindicato nas negociações coletivas de trabalho, assim dispõe o art. 8º, VI, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

A classificação dos dissídios coletivos é em econômicos, ou de interesses, e jurídicos, ou de direito. O primeiro, “são aqueles em que os trabalhadores reivindicam novas e melhores condições de trabalho, especialmente novas condições salariais”; já o segundo “são aqueles em que há divergência na aplicação ou interpretação de determinada norma jurídica” (MARTINS, 2016, p. 917). A sentença proferida no dissídio coletivo de natureza econômica tem natureza constitutiva ao criar as novas regras para a categoria, por vez, no dissídio coletivo de natureza jurídica, a sentença será meramente declaratória (MARTINS, 2016, p. 918). Assim, o dissídio coletivo é uma via adequada para enfrentar as dispensas coletivas e, nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região aduz que

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DESPEDIDAS EM MASSA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. Na linha do entendimento consubstanciado nas decisões da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, é o dissídio coletivo de natureza jurídica a via adequada para o enfrentamento da questão das demissões em massa, “diante do indiscutível impacto social e econômico que delas decorrem e da própria relevância da matéria”. (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo: 0020731-25.2016.5.04.0000 - DC. Relator: Tania Rosa Maciel De Oliveira. Seção de Dissídios Coletivos. Data: 10/03/2017).

No entanto, para o desembargador Ives Gandra Filho, “os dissídios coletivos de natureza jurídica, de acordo com o Regimento Interno do TST (art. 220, II), têm por objetivo a interpretação do ordenamento jurídico, como cláusulas de sentenças normativas e instrumentos coletivos

e disposições legais particulares de categorias específicas”. Desse modo, “a demissão em massa é um caso típico de direitos individuais homogêneos, que decorrem de origem comum (a demissão), e a via processual mais adequada seria a ação civil pública ou coletiva”. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho expressa que:

RECURSO DE REVISTA. 1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE. Trata-se de demanda ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho com o objetivo de impor à reclamada o pagamento das verbas rescisórias decorrentes da dispensa coletiva dos trabalhadores. A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Parquet a função de defensor dos interesses da sociedade, cabendo-lhe, conforme a dicção dos artigos 127, 129, III. Por sua vez, o artigo 82, I, do CDC estabelece que, para fins do artigo 81, parágrafo único, o Ministério Público é parte legítima para ajuizar a ação coletiva, donde se conclui que o Parquet detém legitimidade para a defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não bastasse o artigo 6º, VII, d, da Lei Complementar nº 75/93 atribui competência ao Ministério Público da União para propor ação civil pública visando à proteção de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;”. Portanto, a interpretação que emana dos dispositivos mencionados é de que a sua legitimidade abrange também a ação coletiva tendente a proteger interesses ou direitos individuais homogêneos, espécie de direitos coletivos lato sensu. No presente caso, o inadimplemento das verbas rescisórias decorre de origem comum, ou seja, possuem a sua gênese na lesão provocada pela dispensa coletiva dos empregados da reclamada, com o fim de subtrair destes os direitos oriundos do contrato de trabalho. Desse modo, não há como afastar a legitimidade do Ministério Público do Trabalho da 11ª Região para propor a ação civil pública visando à preservação da ordem jurídica trabalhista, nos termos do artigo 127, caput, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 314004920085110251 31400-49.2008.5.11.0251, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 05/06/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/06/2013).

O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para propor a Ação Civil Pública, por ter a função de defender a ordem jurídica trabalhista do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o art. 127, *caput*, da CRFB/1988. Na Ação Civil Pública terá por

objeto a defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CRFB/1988) quando forem infringidos, ou seja, não é em qualquer caso, apenas quando descumprirem direitos sociais previstos na CRFB/1988 (MARTINS, 2016, p. 795).

A Ação Civil Pública, segundo Saraiva e Manfredini “é o instrumento processual constitucionalmente assegurado para a defesa judicial dos interesses metaindividuais (interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos)” (SARAIVA; MANFREDINI, 2016, p. 674).

A Ação Civil Pública pode ter natureza declaratória, constitutiva e condenatória genérica. A primeira, para a existência ou inexistência de relação jurídica; a segunda, para extinguir ou modificar certa relação; e a terceira tem características cominatórias, podendo determinar que se faça ou deixe de fazer algo (MARTINS, 2016, p. 794). As particularidades entre os dissídios coletivos, ação civil pública e ação civil coletiva, são demonstradas por Martins:

No dissídio coletivo são criadas normas e condições de trabalho ou é feita a interpretação de determinada norma. Na ação civil pública o objetivo é a reparação de interesse metaindividual. A ação civil pública não tem por objetivo criar direitos, como no dissídio coletivo, mas aplicar o direito existente. O dissídio coletivo tem característica declaratória ou constitutiva. A ação civil pública tem natureza condenatória. Na ação civil coletiva, o sindicato age na defesa da categoria. Não se trata de substituição processual. Não(sic) ação civil pública, o Ministério Público tem função institucional, ordinária, e não de substituição processual. Não substitui pessoas específicas (MARTINS, 2016, p. 795).

No caso concreto, a legitimidade ativa dependerá da situação e dos requisitos a serem preenchidos, conforme as diferenças supracitadas entre os dissídios coletivos, a Ação Civil Pública e a Ação Civil Coletiva, podendo ser o sindicato em determinados casos e o Ministério Público do Trabalho em outros. O mesmo autor, por meio de tópicos simplificados, aduz as vantagens da Ação Civil Pública:

- a.** permite que não haja a propositura de várias ações com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, beneficiando várias pessoas ao mesmo tempo;
- b.** impede a existência de julgados distintos sobre a mesma

matéria;

- c.* possibilita que o Judiciário dê uma única solução homogênea;
- d.* diminui a sobrecarga de processos, pois uma única ação beneficia várias pessoas ao mesmo tempo;
- e.* evita o desgaste do empregado com o empregador ao propor a ação enquanto ainda está trabalhando;
- f.* a eficácia da coisa julgada será coletiva e não individual (MARTINS, 2016, p. 799).

A solução para minimizar os efeitos das dispensas coletivas está nas negociações coletivas. Cabe ao empregador optar por sua realização. A não instauração resulta no risco de vir a ser polo passivo em uma demanda judicial. As consequências ficam a mercê de decisões com base na jurisprudência, nos princípios, na analogia, no direito comparado, entre outros, nos quais, hoje, o Brasil vive uma insegurança jurídica, devido à falta de lei que regule o tema.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

68

Ao término do presente estudo, chegou-se às considerações finais de que a relação de emprego individual é protegida pelo art. 7º da CRFB/1988, porém, nos casos de rescisão contratual, é preciso que o legislador promulgue uma Lei Complementar regulando as modalidades de dispensas, incluindo as dispensas coletivas.

No cenário atual, os empregados permanecem à mercê das decisões unilaterais dos empregadores, e estes permanecem na insegurança de sofrerem litígios. Os juízes sentenciam de acordo com o próprio entendimento, fundamentando de acordo com o art. 8º da CLT, sendo que, alguns apenas realizam recomendações e até mesmo julgam improcedentes os pedidos dos empregados; outros condenam a empresa, chegando até mesmo a estabelecer a readmissão de todos os empregados. O resultado é uma elevada insegurança jurídica.

Enquanto não há uma regulamentação efetiva, o adequado é que as empresas construam uma consciência em relação ao tema, analisem que as dispensas coletivas geram um grande impacto social e que traz malefícios para todos em uma sociedade, aumentando consideravelmente o número de ações judiciais nas Varas do Trabalho.

Os abalos existentes devido às dispensas coletivas geram um desequilíbrio, dando brecha ao descumprimento do mínimo existencial. Englobando fatores que vão além de valores pecuniários envolvidos, ou seja, afetam a cultura, a estabilidade familiar, a valorização de uma sociedade justa e adequada para a sobrevivência, os quais são fundamentos de um Estado de Direito.

O interesse predominante em se realizar as negociações coletivas é a busca do equilíbrio, levando em consideração a situação da empresa, bem como o dever de cumprir com a sua função em prol da ordem social e econômica, evidenciando-se, ainda, a natureza fundamental de promover o direito ao emprego, em busca da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

A importância em tomar medidas quanto às dispensas coletivas é evitar que se tornem mais frequentes e mais intensas. A discussão acerca do sistema de proteção à dispensa é urgente, sendo premente a necessidade de se aferir a eficácia das garantias limitadoras de tal prática. A prevenção a ser utilizada são as negociações coletivas realizadas por meio dos sindicatos, que possuem a capacidade de encontrar medidas benéficas tanto para o empregador como para o empregado, resultando, por fim, na diminuição de ações judiciais.

REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1538-1539.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.

_____. **Decreto n. 5.452, de 1º de maio de 1943**: aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965**. Institui o Cadastro Permanente das Admissões e Dispensas de Empregados, Estabelece Medidas Contra o Desemprego e de Assistência aos Desempregados, e dá outras Providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 23 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4923.htm>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 fev. 2017.

_____. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005:** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 4 fev. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – SP. **SRT Ord. 1000003-38.2016.5.02.0052.** Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **SDC PJ-e nº 1001763-18.2015.5.02.0000 - Dissídio Coletivo Jurídico.** Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/>. Acesso em 18 mar. 2017

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo: 0020731-25.2016.5.04.0000 - DC.** Disponível em:<<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/home/>>. Acesso em 19 mar. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Seção especializada em dissídios coletivos. **Informativo TST nº 17.** Período: 7 a 13 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Seção especializada em dissídios coletivos. **Informativo TST nº 34.** Período: 11 a 19 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BUSATO, Roberto Antônio. In. **Fórum Internacional de Direitos Humanos e Direitos Sociais** (Org. Tribunal Superior do Trabalho do Brasil), 2006. p. 31.

COMPARATO, Fabio Konder. Empresa e função social. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v.85, out. 1996, p. 43.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Demissões em massa e atuação do ministério público do trabalho. **Revista LTr,** São Paulo: LTr, ano 74, jul. 2010, p. 828.

DELGADO. Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.35.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Direitos humanos de natureza social e reforma constitucional: limites. **Revista Brasileira de Direitos Humanos.** Porto Alegre: Magister, 2012, p. 7.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** São Paulo: Objetiva, 2009, p. 872.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa.** São Paulo: Malheiros, 1996, p. 46.

MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. **A empresa e o valor do trabalho humano.** São Paulo: Almedina, 2012, p. 26.

- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 555.
- _____. **Direito processual do trabalho**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 924.
- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 182.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As dispensas coletivas e a convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**, v. 60, jun. 1996, p. 734.
- _____. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24 ed. rev. e ampl. São Paulo, 2009, p. 961.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 62.
- SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de direito processual do trabalho**. 13. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 772.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 35-36.
- SILVA, Antônio Álvares da. Dispensa coletiva e seu controle pelo poder judiciário. **Revista LTr**, 73, n. 06, p. 651-653, 2009, p. 651.
- _____. **Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 109-110.
- SIVOLELLA, Roberta Ferme. **A dispensa coletiva e o direito fundamental à proteção ao emprego: a dignidade da pessoa humana na sociedade “econômica” moderna**. São Paulo: LTr, 2014, p. 71.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luíz. Capitalismo, Crise e Direito do Trabalho. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.) **Trabalho e Justiça Social**. Um Tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: Ltr, 2013, p. 110.
- VASCONCELLOS, Andréa de Campos. **Dispensa imotivada: análise à luz da convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho**. Florianópolis: Conselho Editorial, 2010, p. 33.
- WALDRAFF, Cristiane Budel. **Contrato de trabalho e crise econômica da empresa: alteração contratual com base na nova lei de falências e na teoria da imprevisão**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 46.
- ZAVANELLA, Fabiano. **Dos direitos fundamentais na dispensa coletiva**. São Paulo: LTr, 2015.

O ATIVISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Gustavo Luiz Poli¹

Ricardo Córdova Diniz²

Resumo: O Brasil não vive uma boa fase de sua história, mas as adversidades impelem os cidadãos, em especial os operadores do Direito, a reexaminar não só o ordenamento jurídico, mas também o panorama institucional do País. Em meio ao acentuado aumento do desemprego e dos conflitos trabalhistas, a Justiça do Trabalho experimenta forte crescimento em seu volume de trabalho e aparece como um ator notável na busca pela pacificação coletiva, o que faz eclodirem discussões – muitas reavivando concepções que denotam conservadorismo – em torno da sua figura institucional. Aqui, depara-se com as indagações que constituem o problema de pesquisa do presente artigo: Existiria ativismo na Justiça do Trabalho? Seria ele causa ou consequência da alta litigiosidade? Seria ele uma vertente protecionista indevida dessa Justiça Especializada? Quais as perspectivas futuras sobre o assunto? Frente a isso, este artigo procura responder a essas questões sem perder de mira a conjectura atual e os alicerces próprios do Direito do Trabalho, que o animam e o legitimam como ramo autônomo. A técnica de pesquisa será a observação analítica de verbetes sumulados ou orientadores da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho³.

73

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Justiça do Trabalho. Litigiosidade.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2014). Advogado militante em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Ex-estagiário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT - 12). gustavoluizpoli@hotmail.com

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2002). Magistrado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT - 12) na titularidade da 3ª Vara do Trabalho de Itajaí/SC. Professor da Graduação em Direito na UNIVALI. ricardo.diniz@trt12.jus.br

³ Também denominado de TST neste artigo.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crises econômica e política, todo o seio social é combalido pelos nefastos efeitos desses episódios. A desaceleração da atividade comercial faz enlanguescer a produção e diminuir os investimentos, deprecando forte contenção de despesas e desencadeando catastróficas consequências: desemprego e empobrecimento, que retroalimentam o colapso por meio da queda de consumo, ensejando um ciclo vicioso na economia brasileira.

Os conflitos trabalhistas tornam-se, então, um conseqüência corriqueira do cenário em que se vive, e a Justiça do Trabalho, no cumprimento da sua função jurisdicional precípua e do seu desiderato institucional de bem-estar social, experimenta forte crescimento do seu volume de trabalho e aparece como um ator notável na busca pela pacificação coletiva.

Nesse contexto, eclodem discussões – muitas reavivando concepções que denotam conservadorismo – em torno desta Justiça Especializada. Assim é que, no corrente ano de 2017, ao se iniciarem os debates sobre uma proposta de reforma da legislação trabalhista, disse o Presidente da Câmara dos Deputados, Sr. Rodrigo Maia:

Juízes tomando decisões das mais irresponsáveis quebraram o sistema de bar, restaurantes e hotel no Rio de Janeiro. O setor de serviço e de alimentação quebrou pela irresponsabilidade da Justiça do Trabalho no Rio (...) Agora tivemos que aprovar uma regulamentação da gorjeta porque isso foi quebrando todo mundo pela irresponsabilidade da Justiça brasileira, da Justiça do Trabalho, que não deveria nem existir⁴.

Ao externar sua opinião, o parlamentar, evidentemente, deixou perceber sua irresignação com o protagonismo de magistrados trabalhistas no exercício do seu mister. Retine claro que, no ponto de vista apontado, é indicada uma conduta que, em tese, vai além (ou contra) do que se espera do Poder Judiciário em relação a determinados temas, exigindo ou ensejando, *a posteriori*, uma ação contrária, tipicamente legislativa, para impor um parâmetro normativo balizador a tal desenvoltura forense.

⁴ Fragmento extraído de reportagem elaborada por Fernando Nakagawa, do jornal O Estado de São Paulo, e veiculada na internet conforme citação nas referências.

Em justa sintonia, o Presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho, falou que a reforma trabalhista discutida mediante iniciativa do Governo Temer,

[...] é uma reação a um movimento de ativismo da Justiça do Trabalho que ocorreu até mesmo na Corte que ele comanda⁵. Dentre outras considerações no sentido de que a alteração legislativa tem por escopo se contrapor a jurisprudência recente do TST, o Ministro ainda externou a seguinte opinião: “Se lembrarmos da terceira lei de Isaac Newton, veremos que para cada ação há uma reação (...) Em 2011 e em 2012, nós mudamos 34 precedentes para criar e estender direitos aos trabalhadores. Fizemos isso sem mudança na lei e sem estudar os casos especificamente. Em minha visão, nós legislamos⁶.”

Aqui se depara com as indagações que constituem o problema de pesquisa do presente artigo: Existiria ativismo judicial na Justiça do Trabalho? Seria ele causa ou consequência da alta litigiosidade? Seria ele uma vertente protecionista indevida dessa Justiça Especializada? Quais as perspectivas futuras sobre o assunto?

Frente a isso, este artigo procura responder a essas questões sem perder de mira a conjectura atual e os alicerces próprios do Direito do Trabalho, que o animam e o legitimam como ramo autônomo. A técnica de pesquisa será a observação analítica de verbetes sumulados ou orientadores da jurisprudência uniforme do TST.

75

2 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO E CAUSAS DE SUA APARIÇÃO NO BRASIL

O “ativismo judicial”, também associado ao termo “judicialização da política”⁷, consiste basicamente em um fenômeno ocorrente nas relações institucionais entre os Três Poderes do Estado, no qual se observa uma proeminência do Judiciário na resolução de assuntos que, em tese, competiriam ao Executivo e ao Legislativo.

⁵ Fragmento extraído de reportagem elaborada por Juliano Basile, do periódico *Valor Econômico*, e veiculada na internet conforme citação nas referências bibliográficas.

⁶ Idem.

⁷ Há quem defenda tratarem-se de categorias semelhantes e próximas, porém com significados distintos.

BARROSO (2008, p. 6), citado por PRADO FILHO (2014), preconiza que o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. O autor do artigo que faz essa referência salienta que tal aparição institucional

[...] diz respeito, então, a uma postura proativa do magistrado de extrair o máximo dos preceitos constitucionais sem criar novas leis. Para tanto, o Judiciário pode, em alguns casos, ir além de sua competência e suprir omissões dos poderes verdadeiramente legitimados.

Parte-se, então, da ideia de que o Poder Judiciário amplia seu âmbito de ação sobre matérias que estão além da sua competência clássica, isto é, aquela delineada a partir dos ensinamentos de Montesquieu (Tripartição do Poder). Nesse diapasão, considera-se o aumento vertiginoso da litigiosidade e a proliferação de decisões judiciais percebidas como interpretativamente inovadoras.

76

Torna-se tarefa árdua para os pesquisadores e interessados no assunto encontrar o linde entre o que, realmente, foi delegado à apreciação do Poder Judiciário pelos jurisdicionados e pelo próprio sistema jurídico, ainda que tendo conteúdo político, e aquilo que, de fato, parte de iniciativa própria da magistratura.

Das ideias iniciais sobre ativismo judicial deriva a ilação de que a propalada “revisão”, pelo Poder Judiciário, dos atos provenientes dos Poderes Executivo e Legislativo é algo inegavelmente antagônico ao Princípio da Tripartição do Poder e, na contramão da harmonia que desse se espera, vai de encontro aos “freios e contrapesos” jurídicos voltados ao equilíbrio entre as instituições.

Contudo, sabendo que a Separação dos Poderes é Princípio Constitucional, ainda que se tenha, por isso, o ativismo judicial como uma anomalia institucional, ele não perfaz uma exclusividade do Brasil, ostentando dimensões internacionais.

Segundo os estudiosos do assunto, a predominância ou, ao menos, o notável destaque da atividade jurisdicional nos regimes democráticos exsurge após o término da Segunda Guerra Mundial com o fortalecimento

das Constituições na condição de normas de posição suprema no Direito, positivando direitos sociais e rompendo com o costume de versar apenas acerca de questões políticas e de organização do Estado, exigindo, assim, um encadeamento vinculante com o restante do arcabouço infraconstitucional.

Prado Filho (2014), por exemplo, com base nos ensinamentos de Barroso (2005, p. 6-15), menciona que:

[...] Assim sendo, os dispositivos constitucionais, inclusive os princípios, passaram a ter força vinculante e obrigatória, os direitos fundamentais passaram a ser perseguidos junto ao Poder Judiciário e tornou-se necessário uma maior participação intelectual do magistrado, tendo em vista a necessidade de suas valorações a fim de dar efetividade às cláusulas abertas. A aplicação dos princípios, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da solidariedade e da valorização social do trabalho e o juízo de ponderação de valores a ser realizado pelo juiz demonstram sua importância para a nova ordem neoconstitucionalista.

Portanto, o pós-positivismo surge após a Segunda Grande Guerra, representando o fim da legalidade estrita e proporcionando a reaproximação entre moral e direito, o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a busca pela aplicação dos princípios constitucionais em todos os ramos do sistema jurídico, a fim de integrar todo o ordenamento. Nessa senda, tem-se que os princípios constitucionais passam a ser, assim com as regras, dotados de uma função normogenética, sendo considerados espécie do gênero norma.

Portanto, as origens do ativismo judicial, se analisadas pelo viés histórico, remontam à revolução social e jurídica ocorrida a partir da segunda metade do século XX, quando a comunidade internacional, ainda ressentida pelas tragédias da guerra, içou a Constituição a um patamar de domínio na reconstrução do Estado Democrático de Direito e na criação de um revestimento normativo restaurador dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Carvalho (2004)⁸, sob outra ótica, destaca estudos que citam as peculiaridades do modelo jurisdicional norte-americano como paradigmático no tocante ao ativismo judicial, em especial quando se observa o controle de constitucionalidade. Aponta que, finda a “Guerra

⁸ A obra desse estudioso foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

Fria” com o desmantelamento da URSS⁹ e a derrocada do socialismo no Leste Europeu, consolidaram-se os EUA¹⁰ como a maior potência capitalista do planeta, fato que deu protuberância aos seus mecanismos institucionais, dentre os quais o *judicial review*, adotado pelas novas democracias nos períodos seguintes, trazendo consigo o fortalecimento da judicatura.

Convém enfatizar que, no sistema de jurisdição dos EUA, país que integra a Família do Direito da *Common Law*, o precedente judicial é um verdadeiro estandarte no arcabouço normativo e decisório, sendo notória, por isso, a amplitude interpretativa dos julgadores diante de determinado caso. Situação diversa ocorre nos países da Família do Direito Romano-Germânico (*Civil Law*), entre eles o Brasil, onde a norma positivada impera no sistema jurisdicional em conformidade com uma hierarquia em que o texto constitucional ocupa o pináculo do ordenamento, daí ter lugar o controle de constitucionalidade.

78 Consabido, no entanto, que a lei posta/codificada não antevê regramentos para todas as situações enfrentadas pelos jurisdicionados, de modo que, em muitos litígios, o magistrado se depara com lacunas e omissões da norma e não pode se eximir do serviço público de “dizer o Direito”, impasse que o impele a prover, por complemento, algo que, originalmente, é de competência legislativa.

Doutro norte, também é certo que a proliferação de leis, decretos e congêneres é uma porta aberta não só a antinomias normativas, mas também ao próprio descumprimento do direito posto pelo legislador, gerando um quadro de insatisfação da população com os poderes representativos, motivo pelo qual acaba por delegar a resolução de assuntos de ordem política ao Poder Judiciário, ainda que a Tripartição do Poder tenha previsão constitucional e que isso possa ensejar um descompasso institucional manifestado da proeminência desse Poder.

É aqui que germina, a depender do caso e da matéria a ele pertinente, o ativismo judicial, de modo que os países do Direito Romanista estão mais propensos ao seu aparecimento.

⁹ União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

¹⁰ Estados Unidos da América.

No Brasil, o ativismo judicial é visto, sobretudo, após o advento da ordem constitucional mais recente, erigida em 1988. Os pesquisadores são quase uníssonos ao apontarem, dentre as causas do fenômeno, a promulgação da Carta Maior de 1988, que consagrou o processo de redemocratização levado a efeito após o término do regime de exceção militar, vigente de 1964 a 1985.

Verbicaro (2008)¹¹, ao alistar os fatores que reputa como ensejadores do ativismo judicial brasileiro, menciona a “[...] a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas...” Ora, a correlação não poderia ser mais clara: se compete ao Poder Judiciário, primordialmente, a salvaguarda da Lei Magna, incumbe-lhe, naturalmente, o encargo de interpretar e integrar as disposições nela contidas, campo que se revela prolífico para desfechos inéditos em julgamentos e, assim, a assimilação, pela sociedade, de que determinada questão política foi resolvida pelos magistrados.

Carvalho (2004)¹² afirma que o ativismo judicial no Brasil adveio, também, da “constitucionalização dos direitos fundamentais”, mencionando, na sequência, o intenso controle de constitucionalidade exercido pelo STF¹³ no período posterior à promulgação da CRFB¹⁴/1988 e reiterando, ao fim, que a “nova arquitetura institucional” viabiliza a presença do Poder Judiciário nos processos decisórios originalmente políticos.

Prado Filho (2014), valendo-se da doutrina de Barroso (2008, p. 3-4), ao tratar da importância da Carta Política de 1988 no processo vivenciado diz que:

Já a constitucionalização abrangente refere-se ao fato da Constituição de 1988 ser prolixa e abranger uma diversidade de temas anteriormente afastados da seara constitucional. Assim, temas antes de competência do processo político majoritário foram estabelecidos

¹¹ A obra dessa estudiosa foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

¹² A obra desse estudioso foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

¹³ Supremo Tribunal Federal.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

na Constituição, de forma a transformar Política em Direito.

Em linha de convergência, o Ministro do STJ¹⁵ Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, em 25/05/2017, ao palestrar em evento organizado pela Seccional da OAB/SC¹⁶, assim discorreu:

[...] Chego agora ao ativismo judicial. Não temos como formular uma lei para cada situação específica. A lei é um parâmetro traçado dentro das balizas constitucionais e deve ser interpretada diante dos casos concretos, diante de nós (...) E qual o limite do ativismo judicial? Não tem? Tem: é a ética, a Carta Magna, a Constituição, e a parte principal da Constituição que são os direitos de base. Nossa carta de 88 é uma das que mais celebra os direitos de base em comparação com constituições de todo o mundo.

Marchetti e Cortez (2009)¹⁷ aduzem que, da Constituição de 1988, sobreveio uma “tradição republicana” pela qual o Poder Judiciário não seria simplesmente um órgão destinado à garantia de direitos e deveres em sua acepção individual, mas também um órgão democrático para a conquista de novos direitos coletivos e difusos.

80

Além da propensão normativa da Carta Federal de 1988 a uma participação maior do Poder Judiciário no provimento das demandas sociais, mesmo quando não adstritas a matérias puramente jurídicas, forte incitação ao aparecimento do comportamento institucional ora versado advém da inércia e/ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em cumprirem a contento as suas funções e resolverem assuntos de sua competência.

Acerca disso, Torquato (2008)¹⁸ afirma que *os magistrados, no vácuo Legislativo, decidiram agir*. Do mesmo modo, segundo a reportagem¹⁹ divulgada pelo sítio virtual do TRT-12 em outubro/2012, o finado Ministro Teori Albino Zavascki, quando indicado para integrar o STF, ao ser

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça.

¹⁶ Dados extraídos de notícia divulgada no sítio virtual da Seccional da OAB/SC, conforme citação nas referências.

¹⁷ A obra desses estudiosos foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

¹⁸ A obra desses estudiosos foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

¹⁹ Autoria de Rodrigo Haidar, da Revista Consultor Jurídico, conforme citação nas referências.

sabatinado pela CCJ²⁰ do Senado Federal, justificou o ativismo judicial na omissão do Poder Legislativo.

O magistrado catarinense também afirmou, na ocasião, que “o Judiciário atua justamente naqueles casos em que o legislador deixa de disciplinar” e exemplificou aduzindo à situação da Lei n.º. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) que, não tendo sido recepcionada pela Carta Política de 1988, foi declarada inconstitucional pelo Excelso Pretório em 30-4-2009 (julgamento da ADPF²¹ n.º. 130), inexistindo, até o presente momento, ímpeto por parte do Congresso Nacional em editar uma nova lei federal sobre a matéria.

Verbicaro (2008)²², por sua vez, aponta a “ineficiência do sistema político-decisório e a deficiência do Poder Legislativo” na condição de circunstâncias que dão azo ao ativismo judicial, asseverando, na sequência, que é incumbência constitucional do Poder Judiciário a proteção aos direitos e garantias fundamentais, apesar de que, amiúde, ele tenha que intervir em matérias da área política para atender a tal ônus. A estudiosa conclui que a jurisdição se transformou em um novo e democrático campo de participação política e conquista ou efetivação de direitos sociais, tratando-se, pois, de um *espaço público* com caráter alternativo e complementar aos ambientes clássicos de representação política.

Entrementes, a mídia e a vivência política brasileira demonstram que os ocupantes de cargos eletivos têm exercido, em geral, uma representação distante daquela desejada pelos cidadãos que, não tendo atendidas as suas solicitações ao Poder Público, buscam suprir suas necessidades por meio da prestação jurisdicional, muitas vezes de forma sucessiva à insatisfação de direitos constitucionais na esfera administrativa.

Segundo conclusões de Poli e Ramos (2013):

[...] o ativismo judicial no Brasil seria uma variada manifestação da assimetria funcional que há muito ocorre no Poder Estatal. Com a redemocratização em 1985, o Poder Legislativo Federal passou a

²⁰ Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

²¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

²² A obra dessa estudiosa foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

desempenhar um ‘papel mais eloquente’ em virtude dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e do diálogo ininterrupto que deveria ser mantido com o Poder Executivo Federal, necessidade que foi comprovada em 1992 no processo de *impeachment* do então Presidente da República Fernando Collor de Mello. No entanto, as relações conturbadas entre Legislativo e Executivo (nos anos seguintes) deterioraram o sistema político em prejuízo dos interesses e necessidades da população, daí germinando a atual proeminência do Poder Judiciário em defesa das ordens de primeira grandeza.

Nesse vértice, a presença característica do ativismo judicial pode ser descrita nos casos de concessão de liminares em mandados de segurança objetivando vagas em estabelecimentos de ensino público regular (creches principalmente) ou o fornecimento de medicamentos não contemplados pelas listagens do SUS²³.

82 Arelado à deterioração do sistema político-partidário na representação da sociedade, em que se percebe a vulneração de direitos, especialmente no que tange a questões básicas como saúde, educação, previdência e assistência sociais, está o público e notório descontentamento dos cidadãos com a atuação do Estado.

Carvalho (2004)²⁴ é incisivo ao referir-se à *crescente pressão da sociedade civil* como causa do ativismo judicial no Brasil. O doutrinador assinala que “toda demanda social que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada” e, por tal razão, “as instituições majoritárias mostram-se incapazes em dar provimento às demandas sociais”, o que compele os magistrados a decidirem conflitos que deveriam ser debatidos e resolvidos na seara política, registrando-se que, independentemente do motivo, aos juízes é vedado negar jurisdição.

Marchetti e Cortez (2009)²⁵ rematam que o ativismo judicial seria o diagnóstico da “incapacidade dos mecanismos representativos em

²³ Sistema Único de Saúde.

²⁴ A obra desse estudioso foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

²⁵ A obra desses estudiosos foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

garantir os direitos individuais e coletivos na sociedade”, isto é, a falência da representação e do processo político em executar reformas ou manter programas que beneficiem a população.

Por fim, ponderadas as constatações dos estudos abordados, ressoa de forma inegável que, independentemente das causas que, em maior ou menor intensidade, estimulem a proatividade do Poder Judiciário no cotidiano do País, o aumento da litigiosidade é uma realidade que nele interage e, seja consequência primária ou secundária, impõe um forte desafio à administração da Justiça. E não se olvide que os estudos sobre ativismo judicial e judicialização da política costumam apontar o crescimento substancial da litigiosidade como uma das consequências de tais fenômenos.

3 A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA COMO FONTE DO ATIVISMO JUDICIAL

Sendo o ativismo judicial algo percebido na conjuntura brasileira e, por isso, objeto de estudo acadêmico, cabe perscrutar se, em específico ao Direito do Trabalho, a legislação infraconstitucional teria participação dentre os fatores que dão azo ao fenômeno no âmbito dos dissídios individuais. Para tanto, além da análise basal do Princípio da Proteção e das derivações jurídicas que dele emanam e, de modo inconcusso, interferem na interpretação do ordenamento, mostra-se necessário, outrossim, revisitar pontos históricos da normatização das relações de trabalho no Brasil, já que o momento de criação dessas regras jurídicas traz revelações importantes sobre o serviço da Justiça do Trabalho. Há, também, que se dar relevo ao Princípio da Inquisitorialidade, pertinente ao Direito Adjetivo do Trabalho.

Urge reforçar que esse artigo tenciona examinar situações imbricadas aos dissídios individuais e não aos coletivos, pois o viés adotado para a pesquisa parte da premissa de que é a variedade dos conflitos particularizados, onde se miscigenam múltiplos temas, a principal mola propulsora do ativismo judicial, sendo mister observar que, em regra, o Direito Coletivo do Trabalho aborda questões inclinadas a uma homogeneidade de interesses de certa categoria, não possuindo o mesmo potencial.

O Direito Juslaboral tem sua pedra fundante no Princípio da

Proteção que, estreme de dúvidas, é seu notável propulsor e reflete o seu espírito na condição de ramo jurídico, que sobreveio em patrocínio dos trabalhadores nas relações de labor, seriamente desestabilizadas pela disparidade econômica *inter partes*, deprecante e legitimadora da intervenção do Estado em tal campo. Por oportuno, Süsskind, Maranhão, Vianna e Teixeira Filho (1999, p. 152-153) indicam que a consagrada expressão “intervenção básica do Estado” reflete a real motivação consubstanciada nas “regras cogentes” do Direito do Trabalho.

Assim, o Princípio Tutelar centraliza o desiderato do Direito Trabalhista no mundo jurídico e se volta, por sua índole protetiva, aos objetivos de promoção da igualdade e bem-estar sociais, presentes, inclusive, na Constituição Federal.

Plá Rodriguez (1978, p. 28) conceitua o Princípio Tutelativo da seguinte maneira:

O princípio de proteção se refere ao 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 proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Plá Rodriguez (1978, p. 42-43) ainda fala que o Princípio da Proteção está dotado de irradiação tríplice, mas sob feixes inconfundíveis (também designados de “Princípios”): o da “regra *in dubio, pro operario*”; o da “regra da norma mais favorável” e o da “regra da condição mais benéfica”. Consoante a lição evocada, a primeira regra consiste em um recurso para sanar dúvidas na interpretação do conteúdo legal, ocasião em que, admissível mais de uma ilação, decidir-se-á pela que mais favorecer o trabalhador; a segunda, no mandamento autorizante para que, aplicável mais de uma norma, se eleja a mais favorável ao obreiro, independentemente de ser hierarquicamente inferior a outras; a terceira, no mandamento proibitivo para que as normas recém-editadas excluam ou reduzam condições mais benéficas ao obreiro, viabilizando-lhe, pois, sob essas jazer.

Delgado (2012, p. 193) é incisivo ao proferir que o Princípio Tuitivo é o respaldo basal desse ramo do Direito, porquanto [...] *sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.*

Nesse compasso, é preciso atinar que o Princípio da Proteção é fonte recorrente do operador do Direito a fim de colmatar lacunas normativas e dirimir antinomias jurídicas, servindo como elemento fortemente presente nas hipóteses de interpretação e integração da lei *lato sensu*. Por certo, a inteligência de tal preceito se revela como uma peculiaridade que, para além do seu aspecto jurídico, mas também social e científico, propicia o comportamento ativista do julgador trabalhista, especialmente quando, tendo em conta a realidade legal existente no Brasil e as multifárias vivências dos sujeitos das relações de trabalho, sinaliza novidades, principalmente, na jurisprudência relacionada aos dissídios individuais e, com isso, implica sobremodo na situação apresentada pelo jurisdicionado.

Destarte, o Princípio Protetivo inclina o Juiz do Trabalho a inovações no exercício de aplicação dos mandamentos jurídicos aos casos que aprecia.

A partir de agora, passa-se a rememorar os matizes históricos do Direito do Trabalho, os quais induzem a constatações importantes na seara nacional do ativismo judicial.

Em um cenário internacional, o prefalado ramo do Direito iniciou-se de modo sofrido pelas classes obreiras que, padecendo de muitas formas de injustiça e de um estado deplorável no meio social, principalmente em decorrência da carência de regulamentação jurídica relacionada ao labor humano, passou a reivindicar direitos e melhores condições de vida por meio de manifestações públicas coletivas, muitas assumindo caráter revoltoso e sendo reprimidas com violência.

Castro e Lazzari (2012, p. 38) comentam tal fase histórica:

[...] as revoltas operárias permaneceram por todo o século XIX, ocorrendo de modo simultâneo e paulatino, um movimento de cada vez maior tolerância às causas operárias (cessação da proibição de coalizões entre trabalhadores, primeiras leis de proteção ao trabalhador), o que culminaria numa concepção diversa de Estado,

a que se denominaria Estado Social, Estado de Bem-Estar, ou ainda, Estado Contemporâneo.

Russomano (1981, p. 18) anota o advento dessa nova mentalidade:

[...] o mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais.

Não diferente de outras nações, no Brasil, as condições de vida dos trabalhadores assalariados após a abolição da escravidão (1888) eram precárias e estavam longe de um patamar mínimo de dignidade humana, sendo que as greves das primeiras décadas do século XX representam importante fonte material do Direito do Trabalho Nacional, bem como marcos dos precedentes fáticos da industrialização do País.

86

A respeito do famigerado “Estado de Bem-estar Social” no Brasil, conquanto já existissem, de forma esparsa e tímida, normas imbricadas à seguridade social (por exemplo, a Lei “Elói Chaves” de 1923), foi a partir de 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder que se percebeu maior proliferação de leis trabalhistas, atingindo o ápice com a outorga do Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, que instituiu a CLT²⁶. É esse Diploma Legal que, apesar de alterado em vários pontos desde a sua edição, se encontra atualmente em vigência na substancial disciplina do Direito Material e Processual do Trabalho no Brasil.

Deste modo, a principal compilação legal trabalhista do Brasil possui mais de 74 anos de vigência, e isso tem relevância quando se observam procedimentos do direito processual, mormente em torno da figura do magistrado.

Não se pode perder de mira o fato de que, quando outorgada a CLT (1943), o Brasil vivia um regime de exceção desde 1937, quando fora instituído o “Estado Novo”, sendo que, como característica de um governo com contornos ditatoriais, centralizava-se no aparato estatal o

²⁶ Consolidação das Leis do Trabalho.

poder decisório sobre vários assuntos importantes da vida social. Foi, pois, sob uma ambiência de autoafirmação do Estado como “agente” do desenvolvimento e da distribuição impositiva da riqueza produzida que nasceu a fundamental lei juslaboral do País, sendo conferida ao operador judicial uma especial envergadura no tocante a sua atuação dentro do litígio, isto é, como participante do contexto pertinente às relações de trabalho.

Citam-se alguns exemplos existentes na legislação:

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.

[...]

Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

[...]

Art. 790. [...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

[...]

Art. 852 - D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 852 - E. Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

[...]

Art. 852-I. [...]

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

[...]

Art. 876 - [...]

Parágrafo único. Serão executadas *ex officio* as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

[...]

Art. 878 - A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

[...]

Art. 880. Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

Malgrado subsista, no cotidiano prático da Justiça do Trabalho, incomensurável número de outras hipóteses, igualmente merecedoras de lembrança, os dezoito artigos supracitados contêm amostras suficientes de que a legislação infraconstitucional consubstancia obrigações procedimentais do magistrado na geração ou condução do processo. E isso torna inegável o fato de que as normas de ordem pública estampadas na CLT representam, sim, um dos fatores importantes para o comportamento ativista na Justiça Especializada do Trabalho.

Como se observa nos dispositivos legais acima transcritos, em vários momentos, a legislação determina ações positivas do magistrado com vistas à utilidade prática do processo trabalhista e à pacificação dos conflitos recíditos nessa área, deveras importante ao Direito. É peremptório dar ênfase,

por exemplo, às várias providências que podem ser deflagradas de ofício pelo juiz (principalmente no que concerne à execução dos julgados), além da manifesta preocupação com a facilitação e estimulação da conciliação e, por fim, com as finalidades sociais ínsitas ao ordenamento laboral, notadamente quanto ao bem-estar coletivo que se espera das decisões e iniciativas judiciais.

Não se afirma, taxativamente, que a CLT é a causa do ativismo judicial, pois, conforme se explanará no item adjacente, esse é encontrado justamente nas situações em que não existe previsão legal ou essa é dúbia ou anacrônica, ou seja, quando se exige do julgador que, a fim de pôr termo à controvérsia, adote uma solução além da atividade dogmática de declarar a vontade da lei ao caso concreto, remediando a lacuna ou a imperfeição normativa. Porém, é manifesto que as ações permitidas pela legislação impulsionam e encorajam novas investidas na busca pela excelência da prestação jurisdicional e em favor da integridade das normas existentes e da inclusão das novas realidades do mundo do trabalho à órbita do Direito.

Tal realidade pode ser observada na jurisprudência pátria:

89

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS – LEI Nº 10.101/2000 – NORMA COLETIVA “EM BRANCO” – ATIVISMO JUDICIAL – INTEGRAÇÃO DA NORMA COM A FINALIDADE DE CONFERIR CONCRETUDE AO DIREITO. 1. Na vigência da Constituição de 1988, o Poder Judiciário assumiu, destacadamente, a guarda dos valores constantes no texto constitucional, investindo-se no chamado ativismo judicial, que o autoriza afastar-se das limitações do positivismo dogmático para, proativamente, interpretar e criar as normas necessárias à concretização das garantias fundamentais. 2. Nos termos da Lei nº 10.101/2000, a concretude do direito à participação nos lucros depende de negociação entre empresa e empregados para sua efetivação. 3. Na espécie, o direito à parcela foi instituído por convenção coletiva de trabalho que, nada obstante, deixou sem definição objetiva os parâmetros para sua efetivação, ao dispor que a participação se daria “na forma que vier a ser estabelecida em lei”; ou seja, “dá-se com uma mão e tira-se com a outra”. 4. Nesse contexto, em que a vantagem foi instituída de modo formal, mas pende de ato suplementar para sua efetivação, justifica-se a intervenção desta justiça especializada na relação contratual, com o escopo de implementar a integração da norma que, abstratamente, deferiu

a vantagem.

(TRT-5. Processo nº 0000749-83.2013.5.05.0038. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. Ivana Mércia Nilo de Magaldi. Órgão Judicante: 1ª Turma. Julgado em 2-6-2014. Acórdão Publicado em 4-6-2014). (grifos insertos)

É de bom alvitre, entretanto, lembrar que o Direito Processual do Trabalho, dentre outros, é orientado pelo Princípio da Inquisitorialidade, o qual implica no aumento dos poderes do juiz trabalhista no que se refere ao processamento da lide e à adequação de todas as demais questões a ele inerentes e dele derivadas, sendo mitigadas as possibilidades de prevalência dos interesses das partes na arena processual.

Sobre isso, Leite (2007, p. 60-61) ensina:

Após o ajuizamento da ação, o juiz assume o dever de prestar a jurisdição, de acordo com os poderes que o ordenamento jurídico lhe confere.

[...]

No que concerne ao direito processual do trabalho, o art. 765 da CLT estabelece que “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Além disso, há algumas hipóteses que operacionalizam o princípio inquisitivo no direito processual do trabalho, a saber: a reclamação trabalhista instaurada pelo juiz do trabalho em virtude de expediente (processo administrativo) oriundo da DRT (CLT, art. 39), a execução promovida *ex officio* (CLT, art. 878) e a “instauração da instância” pelo juiz presidente do Tribunal, nos casos de greve (CLT, art. 856), sendo que esta última hipótese, como já afirmado na epígrafe anterior, mostra-se incompatível com o art. 114, §§ 2º e 3º, da CF.

Em linha de convergência, Schiavi (2009, p. 95), ao iniciar subitem de sua obra com o título *Majoração dos poderes do Juiz do Trabalho na direção do Processo*, assim leciona:

O art. 765 da CLT possibilita ao Juiz do Trabalho maiores poderes na direção do processo, podendo *ex officio*, determinar qualquer diligência processual para formar seu convencimento em busca da verdade, inclusive são amplos os poderes instrutórios do Juiz do Trabalho;

Conforme o art. 878 da CLT, a execução da sentença trabalhista poderá ser promovida de ofício pelo Juiz do Trabalho.

Por sua vez, veja-se o seguinte precedente judicial:

CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. Para o Direito do Trabalho, a formalidade cede lugar à realidade, razão pela qual a lei assegura ampla liberdade aos juízos e tribunais na condução do processo (CLT, art. 757), sendo a inquisitorialidade uma das características particulares do processo trabalhista.

(TRT-1. Processo nº 0000160-58.2010.5.01.0022. Classe Processual: RO. Relatoria: Juíza Convocada Patrícia Pellegrini Baptista da Silva. Órgão Judicante: 3ª Turma. Julgado em 29-4-2013. Acórdão Publicado em 22-5-2013). (grifo inserto)

Logo, o Princípio da Inquisitorialidade é outra fonte legitimadora dos atos que partem do impulso oficial do julgador, iniciativa tal que vai muito além de providências ordenatórias ante os deveres legais existentes, encampando uma amplitude característica, inclusive no que diz respeito a assuntos de produção probatória e execução. Em suma, os artigos celetistas acima observados apenas cristalizam tal preceito inquisitivo e lhe dão operatividade.

91

Consoante se percebeu, a legislação trabalhista antevê, desde muito, até mesmo em razão do lastro histórico da CLT, que o juiz é compelido a ser o principal protagonista do processo em várias de suas fases. Assimila-se que isso é um fator importante quando se versa sobre ativismo judicial.

Todavia, é preciso notar que há uma distinção relevante quando se examinam as particularidades da Justiça Especializada Laboral: ao passo que, muitas vezes à míngua de qualquer previsão legal nesse sentido, os juízes federais e estaduais se deparam com litígios em que se discutem matérias políticas ou visando literal provimento de algo de competência própria do Executivo ou do Legislativo, o juiz do trabalho, ao decidir de modo tido por ativista, já usufrui de um suporte jurídico autorizante e instigador inserido na lei com a qual lida cotidianamente.

Finalizando essa parte do desenvolvimento do artigo, passa-se ao último item, em que são analisados precedentes jurisprudenciais emblemáticos do TST, sintetizados em verbetes, nos quais se percebe a

iniciativa ativista da aludida Corte Superior e se nota que a edição desses enunciados, além de ser deprecada pela situação de celeuma jurídica, está atrelada a assuntos relevantes que reclamariam uma regulação por lei, mas cuja solução, mesmo advinda de atividade do Poder Judiciário, muitas vezes com imperfeições, servem, em regra, para afeiçoar o Direito.

4 O ATIVISMO NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

92 Seguindo as informações ventiladas na introdução, a reforma das leis trabalhistas proposta pelo Governo Federal (Poder Executivo), em trâmite no Congresso Nacional, colima atingir as Súmulas do TST que são concebidas, segundo diversos representantes das classes empresarial e política, a partir de um ativismo judicial exacerbado. Dizem essas pessoas que o TST teria subtraído a competência do Legislativo e que a reforma visa pôr o “trem nos trilhos”, ou seja, recuperar a atribuição originária do Parlamento para editar leis sobre Direito do Trabalho. Em última análise, essa reforma acaba por envolver um jogo de poder (“quem pode mais”).

Nesse contexto, a dúvida científica que se coloca é a seguinte: o TST subtraiu, em algumas de suas súmulas, a competência do Poder Legislativo ou apenas cumpriu seu dever constitucional de concretizar o direito? Evidente que essa questão é polêmica, porém existe, nos meios jurídico, político e empresarial, uma concepção equivocada de ativismo judicial, como se, ao Judiciário, fosse apenas permitido submeter os fatos à lei posta e, a partir daí, determinar o cumprimento da lei dentro de seus exatos limites. Agir de forma diferente implicaria em ativismo judicial, o que é encarado, pelos políticos e empresários, como transgressão funcional do juiz a valores republicanos.

Esse enquadramento pressupõe que a lei é publicada sem defeitos de clareza e alcance. Não existiriam omissões, contradições ou obscuridades na lei. A lei seria algo perfeito, com flexibilidade suficiente para abranger todas as particularidades dos casos e as mudanças de realidade. A única interpretação possível da lei seria, pois, a literal, e o Poder Legislativo teria a exclusividade na construção do Direito. Aliás, partindo dessa ideia, sequer haveria necessidade de juízes, bastando ao Estado criar a função de um

executor de leis a mando do Legislativo.

Contudo, a evolução e a complexidade da sociedade, especialmente no que diz respeito às relações de trabalho, não permitem a edição de leis perfeitas. Além disso, no próprio processo legislativo, em razão das diversas correntes ideológicas dos membros do Parlamento, não se consegue produzir normas sem vazios (espaços onde não se conseguiu construir uma maioria de votos). Exemplo disso, o disposto no art. 7º, inciso XV, da Constituição da República: *repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos*. Explica-se: os constituintes do bloco da direita queriam o repouso semanal em qualquer dia da semana, ao passo que os constituintes do bloco da esquerda queriam aos domingos. Como não houve consenso, aprovou-se uma proposta intermediária, *repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos* (redação com conteúdo incerto quanto à forma de gozo do repouso semanal). Ao proceder dessa forma, os membros do Poder Constituinte remeteram para o Judiciário a missão de delimitar e concretizar esse direito fundamental quanto ao dia da semana em que deve ser gozado (posteriormente, por lei ordinária, estabeleceu-se a regra quanto aos dias em que o repouso deve coincidir com o dia de domingo).

93

Portanto, o próprio Legislativo, no que diz respeito às leis trabalhistas, abre espaços para a Justiça do Trabalho agir como uma espécie de legislador, a fim de preencher os vazios intencionais e não-intencionais da lei. Isso se dá porque a legislação trabalhista é impregnada de interesses eleitorais (votar contra a classe dos trabalhadores pode representar a derrota do parlamentar nas próximas eleições). Além disso, a dinâmica do mundo do trabalho transforma a lei em um produto sujeito a constante aprimoramento pela via judicial, pois, ao mesmo tempo em que o Estado exige a prestação jurisdicional (o juiz não pode se recusar a dizer o direito), a legislação escrita não oferece todas as saídas necessárias à solução do caso concreto, muitas vezes impregnado de situações que o legislador sequer imaginara quando criou a lei. Isso expande o espaço decisório do juiz, o que gera a sensação de que ele está se imiscuindo em competências que não lhe pertencem e quando essas decisões desafiam interesses econômicos, essa impressão, que geralmente não passa de uma mera sensação, é apontada como algo real e ameaçador ao Estado de Direito, o que demanda uma reparação enérgica e imediata.

Em uma visão ponderada e isenta, o ativismo judicial mostra-se como fenômeno natural mesmo no sistema jurídico romano/germânico (um subproduto desse sistema), e a atuação da Justiça do Trabalho, especialmente do TST, não pode ser vista, em regra, como uma anomalia sistêmica, especialmente considerando, como anteriormente comentado neste artigo, os Princípios do Direito do Trabalho e a própria CLT, que oferecem um campo mais vasto - e permitido - para o juiz construir soluções reputadas, negativamente, por muitos doutrinadores, como decorrentes de um ativismo judicial, a fim de se aperfeiçoar a lei e, com isso, provocar um movimento no sentido de se fazer concretizar os direitos sociais previstos na Constituição da República.

Como se infere do que foi falado nos outros tópicos desse artigo, a efetivação dos valores constitucionais, como os direitos sociais, exige uma participação mais ampla do Estado, com o envolvimento de todos os poderes, porque não é possível esperar que uma nova lei seja editada toda vez que aparece uma situação inusitada, não disciplinada por norma editada pelo Poder Legislativo. Portanto, o ativismo observado no TST não representa usurpação do Poder Legislativo ou uma judicialização da política, mas sim um fenômeno natural, necessário, legítimo e fortalecedor das regras democráticas do país.

Em uma análise aprofundada, percebe-se que os problemas apontados não residem no ativismo propriamente dito, que é algo inevitável, inclusive no sistema brasileiro, mas sim no meio utilizado e nas soluções encontradas pelo TST para determinadas situações jurídicas. Exemplo disso é a questão do intervalo previsto no art. 71 da Consolidação. A jurisprudência era no sentido de que a concessão parcial do intervalo intrajornada implicava obrigação de o empregador pagar ao empregado, como hora extra, a parcela suprimida do seu intervalo. Porém, o TST, por meio da Súmula nº 437, causou uma reviravolta nessa matéria ao orientar que a “concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido”. O TST foi além:

Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e

alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput, §4º, da CLT.

Fora a surpresa que causou no meio jurídico (e, daí, nasce a sensação de que houve a intenção de legislar, e não a de pacificar a jurisprudência), o TST construiu uma solução cujos efeitos podem se mostrar nefastos às relações de trabalho e potencialmente capazes de gerar mais litigiosidade. É que essa Súmula cria uma situação de difícil administração no campo prático, pois a supressão de apenas um minuto, por exemplo, já dá direito ao empregado de receber 60 minutos de horas extras, e isso faz com que o empregador tenha que controlar filigranas da relação de trabalho. De outro lado, criou-se uma situação em que, por menor que seja, o descumprimento da norma gera ressarcimento desproporcional, o que leva a própria vítima, quiçá, a ter interesse na violação.

Na parte final da Súmula, outra orientação jurisprudencial questionável foi construída. Ao dizer que, nas jornadas de 6 horas diárias, a prorrogação habitual de jornada gera direito ao intervalo de uma hora, e não apenas aos quinze minutos previstos no art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho, o Tribunal criou o mesmo problema apontado no parágrafo anterior, porém, com mais um gravame: para os empregados que trabalham, total ou parcialmente, no horário noturno, por força do art. 73, *a hora do trabalho noturno será computada com 52 minutos e 30 segundos*, ou seja, considerando que seis horas (relógio) de trabalho noturno implicam, ficticiamente, prorrogação de jornada em quarenta e cinco minutos por dia, o empregado, mesmo tendo gozado do intervalo de quinze minutos previsto em lei, terá direito de receber horas extras pela não concessão do intervalo de uma hora.

Essas construções de entendimentos jurisprudenciais geraram revoltas nos meios jurídico e empresarial, não pelo ativismo em si, como antes dito, mas pelas escolhas, aparentemente precipitadas, e pela forma como foram produzidas pelo TST.

Na sua missão constitucional de concretizar valores constitucionais, o TST pratica acertos e erros e, por ser o Tribunal brasileiro que mais emite orientações jurisprudenciais, esses acertos e erros se tornam mais aparentes e sujeitos a críticas de forma mais constante no meio social.

O ativismo no TST não pode ser apontado como exclusivamente protecionista para os empregados (causador da expansão do Direito do Trabalho via judicial – chamado de ativismo positivo). Ele também constrói situações jurídicas que beneficiam os empregadores, com restrição de direitos para os trabalhadores (chamado de ativismo negativo).

Vejamos exemplos concretos em verbetes sumulados:

Súmula nº 291: o art. 59 da CLT autoriza a contratação de horas extraordinárias, limitadas a duas por dia. O art. 468 da CLT, por seu turno, proíbe as alterações contratuais unilaterais e, se bilaterais, as que causarem prejuízo ao empregado, de forma direta ou indireta. Assim, contratada a prestação diária de horas extras, o empregador não poderia, em regra, suprimir o pagamento dessas horas, mesmo que de forma bilateral, pois causaria redução salarial, proibida por lei.

96 Dessa forma, suprimida a prestação das horas extras, o valor respectivo integrava-se ao salário do empregado. Esse era o entendimento predominante no âmbito da Justiça do Trabalho, contudo, por intermédio da Súmula nº 291, o TST “autorizou” a supressão da prestação das horas extras e do respectivo pagamento, independentemente da vontade do empregado, mediante indenização, “correspondente ao valor de 1 (um) mês de horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviços acima da jornada normal”. A Súmula em questão fortaleceu o poder diretivo do empregador (restringido) mesmo considerando a indenização, os direitos do empregado, advindos da lei e da jurisprudência anterior consolidada.

Súmula nº 331: na década de 1980, intensificou-se no Brasil a ideia da terceirização, porém, a legislação brasileira admitia a prestação de trabalho por meio de interposta pessoa em poucos casos (trabalho temporário, serviço de vigilância, conservação e limpeza). Portanto, em regra, a contratação de trabalhadores por empresa interposta era ilegal, gerando, pois, a formação do vínculo de emprego direto com o próprio tomador dos serviços, com a responsabilização solidária das empresas.

O TST, quando editou a Súmula nº 331, fez uma concessão à realidade (assim diziam os empresários), pela qual considerou lícita “a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador,

desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”. Além disso, limitou a responsabilidade do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas, de solidária para subsidiária. Se não fosse, pois, essa decisão, até hoje a terceirização seria ilegal.

Pode-se dizer que a Súmula nº 331 foi a “lei” que autorizou a terceirização no Brasil.

Súmula nº 342: o art. 462 da CLT proíbe a realização de descontos no salário do empregado, salvo adiantamentos, os autorizados por lei, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Em razão dessa proibição, os trabalhadores acionavam a Justiça do Trabalho a fim de obterem a restituição de descontos de seguro de vida, planos de saúde e odontológicos, previdência privada associações e entidades cooperativas, pois tais descontos não eram autorizados pela lei, tampouco por convenções ou acordos coletivos de trabalho. O TST, diante dessas demandas, ampliou o rol de descontos previsto no art. 462 da CLT, autorizando o empregador a efetuar, mediante autorização do empregado, o desconto de todos os itens acima relacionados, ou seja, o ativismo no Judiciário contemplou uma demanda da classe empresarial que, dentro da visão dos críticos do ativismo, somente poderia ser autorizada por lei.

No campo do Direito Processual do Trabalho, o ativismo no TST também se faz presente. Exemplo disso, a **Súmula nº 425:** o art. 791 da CLT estabelece que “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final”. Contudo, por meio da Súmula nº 425, limitou-se esse direito. Ficou definido que o

jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Essa Súmula limitou direitos das duas partes envolvidas na relação de emprego.

A partir desses enunciados, é possível verificar que há ativismo no TST, contudo, como dito alhures, isso é inerente a sua própria função constitucional, e não pode ser percebido como usurpação de poder, mas

sim como atividade que complementa, de forma harmônica, a atuação dos outros Poderes e o ativismo ora beneficia o empregado, com a ampliação de direitos, ora beneficia o empregador, com a ampliação de seu poder diretivo ou com interpretação reducionista dos direitos do empregado, e ora limita ou amplia direitos das duas partes da relação, mas com o objetivo de concretizar a Constituição, especialmente os direitos fundamentais, dentro da lógica republicana.

A existência do ativismo demanda maior parcimônia na apreciação das questões que são submetidas ao Judiciário, especialmente quanto à análise dos efeitos e dos limites de suas decisões a fim de se evitar efeitos colaterais mais prejudiciais à sociedade dos que os causados pelo problema que se tentou resolver.

O ativismo não pode, no sistema jurídico brasileiro, representar a regra, especialmente na Justiça do Trabalho, que maneja uma legislação de alto impacto social em razão de sua abrangência logística. Ele deve ser praticado de forma comedida, somente quando necessário, com razoabilidade (evitar a sedução pelo ativismo irrestrito, que é uma face da sedução pelo poder), de forma a não quebrar as ideias de previsibilidade e segurança do direito, pois ninguém gosta de ouvir a famigerada frase proferida pelo advogado: *tudo dependerá do entendimento do juiz*.

Enfim sopesada tal realidade, vê-se que o ativismo judicial, muito embora até possa se constituir em um fator de estímulo, não é causa direta da crescente litigiosidade nem a única consequência dessa, apesar de mais próximo dessa última circunstância. Não se revela, também, como a solução mais adequada ao grande volume de lides processadas, mas é um fato inerente ao cenário visto no modelo jurisdicional e sociopolítico do Brasil e, por isso, digno de estudo, reflexão e aprimoramento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, versou-se sobre o ativismo na Justiça do Trabalho tendo em vista o atual panorama nacional, em que a disrupção econômica e o forte crescimento do desemprego exacerbaram, também, o aumento dos conflitos trabalhistas e, por consectário, dos litígios submetidos

à solução do Estado. Não se olvida que isso direciona especial destaque para a atuação desse ramo especializado do Judiciário e incita, inclusive, a manifestação de opiniões contrárias ao seu serviço ou favoráveis a reformas no particular, tal como, aliás, é o intento do Poder Executivo Federal e seu séquito no Congresso Nacional.

No que se refere ao ativismo judicial, tal fenômeno, que possui nível mundial, está presente no aparato jurisdicional do Brasil, sobretudo porque, embora seu ordenamento pertença ao Direito Romano-Germânico, a realidade mostra que se abeirou da Família da *Common Law* ao prestigiar e fortalecer a figura do precedente judicial nos últimos anos, algo cristalizado com acuidade no CPC /2015, que fortaleceu a jurisprudência em termos decisórios.

Ademais, a realidade do Brasil é altamente propícia ao ativismo judicial devido a fatores políticos (em que as forças tradicionais de representação política exercem um papel díssono daquele desejado pela população), sociais (em que o Estado mostra-se falido no provimento das demandas sociais) e jurídicos (em que sobeja a produção legiferante, a Constituição é um terreno fértil a interpretações variadas em face do seu teor programático e o Poder Judiciário se encontra pressionado pelos jurisdicionados com a sobrecarga de processos a apreciar, os quais tratam de multifárias matérias).

Feitas tais ponderações, buscou-se, com o estudo, responder a estes questionamentos: Existiria ativismo judicial na Justiça do Trabalho? Seria ele causa ou consequência da alta litigiosidade? Seria ele uma vertente protecionista indevida dessa Justiça Especializada? Quais as perspectivas futuras sobre o assunto?

Relativamente à primeira indagação, obteve-se resposta positiva, pois, se o ativismo judicial existe no Brasil, a Justiça do Trabalho, que é órgão do Poder Judiciário, está sujeita, naturalmente, à sua ocorrência, fato esse notado na jurisprudência, de modo especial naquela sumulada, na qual se encontra a regulamentação de matérias a respeito das quais a lei é silenciosa ou, ao menos, apontaria o contrário em uma interpretação primária. Outrossim, o fato de o principal Diploma Legal juslaboral possuir mais de setenta anos de vigência e ter sido editado durante um governo de

traços autoritários também é um fator histórico que enseja postura ativa na exegese a ser feita, sobretudo em face das novas situações de contenda causadas pelo trabalho moderno.

Em relação à segunda indagação, conquanto não se possa determinar o grau em que o ativismo judicial é causa e/ou consequência da alta litigiosidade, resta hialino que o Poder Judiciário, em regra, não atua de ofício, mas passa a impulsionar os processos cujo julgamento lhe é submetido, ou seja, é inerte, mas, se provocado, é autônomo na condução da lide até a fase de efetiva operação da jurisdição. Com isso, é razoável e sensato pontuar que, mesmo na carência de lei ou na existência de antinomias, a integração da norma ou o uso de recurso jurídicos que permitam superar suas lacunas está abrangida nas atribuições usuais do magistrado. O ativismo nasce quando a inovação interpretativa gera decisões que, em tese, equivalem a autêntico serviço legislativo em função da sua repercussão na sociedade.

100 A partir disso, pode-se asseverar que o ativismo está mais próximo de uma consequência do elevado número de conflitos judiciais e dos muitos temas e assuntos que compõem essas cizânias no âmbito das relações individuais de trabalho, daí a instigação do Poder Judiciário a resolvê-las e carecer, pois, do encontro de nova hermenêutica a fim de decidir questões que não tem previsão normativa ou que, a princípio, o desfecho desejado pela parte não teria sinal favorável, à primeira vista, pelo recurso da analogia. Todavia, não há negar que, nas situações em que o ativismo judicial dá azo a decisões apazíveis a determinado grupo de interesse, ainda que tal circunstância não seja, por si só, a causa direta para o ajuizamento de processos, ela não deixa de ser um fator de estímulo à majoração de litígios sobre a referida matéria.

No que tange à terceira pergunta, o exame de verbetes jurisprudenciais, no item nº 4, aponta que o ativismo presente na Justiça do Trabalho se revela benéfico ou antagônico, em termos de conteúdo e entendimento decisório, para ambos os sujeitos da relação de emprego. É certo que a concepção coletiva usual ainda é permeada pela crença (aliás, pelo sofisma) de que a Justiça do Trabalho é um órgão protecionista, o que seria um papel indigestamente interpretado para alguns. Entretanto, o estudo evidencia que, além de também desaguar de modo interessante

para os empregadores, o comportamento ativista ocorre justamente nos casos em que o Legislativo se absteve de gerar o regramento jurídico ou, se assim desejava, não o fez por outros motivos. Portanto, não teria relação com protecionismo, mesmo que a mídia divulgue opiniões de autoridades políticas ou classistas nesse sentido.

Por último, considerando as inovações que advirão da propalada “Reforma Trabalhista”, de propositura do atual Governo Federal, tem-se que isso não deve interferir de forma decisiva para a redução dos índices de litigiosidade, afinal os conflitos trabalhistas existem (e continuarão a existir) de modo independentemente do novo teor que se venha a imprimir às normas regentes ou de eventuais limitações ao acesso à Justiça. Pelo contrário, as novas leis são passíveis de gerar novas divergências, cabendo ao Poder Judiciário dirimi-las, quiçá através do próprio controle de constitucionalidade, sobretudo o difuso.

E, nisso, o Direito do Trabalho ostenta peculiar envergadura. De modo ilustrativo, transcreve-se o que disse a Desembargadora Ligia Maria Teixeira Gouvêa na Seção Especial da Edição 2016 da Revista do TRT-12 (p. 34):

Não se olvide que a gênese do Direito do Trabalho se encontra na Justiça Distributiva, já presente no pensamento aristotélico e que vocaciona o juslaboralismo à perspectiva nitidamente social, que lhe é distintiva e vai de encontro ao postulado do Estado Democrático de Direito ao preconizar a edificação de uma sociedade justa e solidária. Nesse vértice, a Justiça do Trabalho é o instrumento a quem, constitucionalmente, é atribuída a coadjuvação/consecução desse escopo.

Finalmente, conclui-se que as progressões futuras indicam que o ativismo judicial sobreviverá a esse período de efervescência, até porque é transcendente à jurisdição em seu sentido básico, e granjeará um novo terreno de ação no porvir. No presente, em meio a esse momento tormentoso para o Estado e o povo brasileiro, o norte a ser seguido, ainda que não absolutamente alcançado, deve ser a segurança jurídica e o respeito aos Princípios informadores do Direito Trabalhista.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DA OAB/SC. **Notícias**. 26-5-2017. XVIII Conferência Estadual: “A lei deve ser interpretada diante de fatos concretos”, diz ministro Buzzi. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/noticias/xviii-conferencia-estadual-lidquoa-lei-deve-ser-interpretada-diante-fatos-concretosrdquo-diz-ministro/14112>. Acesso em: 30 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. dez 2008. *apud* PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. **Evocati Revista**, nº. 101 (1º-5-2014). ISSN 1980-6434. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. nov 2005. *apud* PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. **Evocati Revista**, nº. 101 (01/05/2014). ISSN 1980-6434. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: 21 maio 2017.

BASILE, Juliano. Reforma é reação a ativismo do TST, diz Gandra. **Valor Econômico**. 13-6-2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/5003080/reforma-trabalhista-e-reacao-ativismo-do-tst-diz-gandra-filho>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, nº. 23. Curitiba (PR). nov. 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

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

HAIDAR, Rodrigo. Zavascki justifica ativismo pela omissão do Congresso. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2012/outubro.jsp>>. Acesso em: 22 out. 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A Judicialização da Competição Política: o TSE e as coligações eleitorais. **Opinião Pública**. vol. 15. n. 2. Campinas (SP). nov. 2009.

NAKAGAWA, Fernando. Para presidente da Câmara, Justiça do Trabalho ‘não deveria nem existir’. **O Estado de S. Paulo**, 8-3-2017. Disponível em: <http://economia.estadao>.

com.br/noticias/geral,para-presidente-da-camara-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir,70001692193>. Acesso em: 21 maio 2017.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978. Tradução de Wagner D. Giglio.

POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. Apontamentos Acerca da Judicialização da Política no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 21 maio 2017.

PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. **Evocati Revista**, n. 101 (1º-5-2014). ISSN 1980-6434. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: 21 maio 2017.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. *apud* CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. rev. e atual., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio Barreto de Albuquerque; VIANNA, José de Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. vol. I, 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999.

TORQUATO, Gaudêncio. O Judiciário desce do Olimpo. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 31 ago. 2008, p. A2.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região”, v. 19. n. 28, Escola Judicial do TRT da 12ª Região, Florianópolis, 2016. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/escola/extranet/Institucional.jsp> – ISSN 1984-3658>. Acesso em: 21 maio 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Jurisprudência. Livro de Súmulas, OJs e PNs**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Jurisprud-18-12-2013-igual-IRem.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**. vol. 4, n. 2, São Paulo, jul./dez. 2008.

FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS FRENTE À CRISE ECONÔMICA

Gustavo Maurício Lenzi¹

Resumo: Objetiva-se, com o presente trabalho, analisar a viabilidade de se flexibilizar as normas trabalhistas ante a crise econômica, com o fito de preservar os empregos e a criação de um modelo empresarial mais compatível com as novas condições financeiras do País, a fim de que os empregadores realizem ajustes mais precisos em suas demandas, em consonância com as flutuações do nível de produção. Nesse sentido, é forçoso salientar que tanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quanto a Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 instituíram dispositivos com o propósito de reduzir os custos empresariais e viabilizar a superação dos períodos de crise que ameaçam a continuidade da atividade econômica do País. Sendo assim, põe-se em evidência a importância da pesquisa em tela, tendo em vista a crescente onda de desemprego que devasta o País, razão pela qual se enaltece, neste processo modernizador, a negociação coletiva, a qual fixa condições de trabalho sobre contratos individuais.

105

Palavras-chave: Flexibilização. Crise. Preservação. Empregos. Negociação coletiva.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca investigar as implicações da flexibilização das normas trabalhistas em relação aos empregados e empregadores de um vínculo laborativo. O tema é de suma importância, considerando não só o atual cenário de crise econômica que o País enfrenta, mas também o elevado índice de desemprego que atormenta milhões de trabalhadores.

Como procedimento metodológico, o trabalho utiliza-se a pesquisa bibliográfica, acompanhada da descrição e interpretação da jurisprudência

¹ Ex-estagiário do Ministério Público Federal. Graduando do curso de Direito na Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. gustavomlenzi@gmail.com.

recente do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina, Brasil, na busca de verificar se este Tribunal tem aplicado as hipóteses legais de flexibilização das normas trabalhistas presentes na legislação.

É cediço que a flexibilização das normas do Direito do Trabalho são os instrumentos jurídicos que possibilitam compatibilizar mudanças de ordem tecnológica, econômica, social ou outros elementos que requerem adequação célere existentes na correlação entre o trabalho e o capital.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 instituíram dispositivos que permitem a flexibilização de direitos trabalhistas via negociação coletiva, objetivando, em síntese, diminuir custos e viabilizar a superação dos períodos de diminuição das demandas empresariais que ameaçam a continuidade das indústrias.

Ressalta-se a importância de conceder maior autonomia aos sindicatos na elaboração das negociações coletivas de trabalho, haja vista as características próprias de cada empresa ou profissão. Nesse ínterim, no tocante à crise econômica, a solução ideal para os impasses trabalhistas não se deve atrelar a regra geral, mas pelo contrário, deve-se trazer uma saída descentralizada por meio da análise do caso concreto.

Dessa forma, é essencial analisar a possibilidade de se flexibilizar em tempo de crise, e qual seria o limite para tanto, considerando as hipóteses que já estão presentes na legislação atual do País. Ademais, é pertinente averiguar a viabilidade de flexibilização na crise econômica, em consonância com casos concretos da região de Joinville/SC, nos quais foram flexibilizados direitos, com o objetivo de evitar a demissão em massa.

Ao final, explanar-se-á algumas considerações sobre as possíveis vantagens e desvantagens de se flexibilizar as normas trabalhistas, de acordo com o entendimento de doutrinadores da área trabalhista.

2 O INSTITUTO DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

O Direito do Trabalho é um ramo da ciência do Direito muito dinâmico, que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho.

A crise econômica da década de 80, causada pelo choque dos preços do petróleo que assolou diversos países da Europa, bem como da América, principalmente do Sul, provocou o surgimento de novas formas de contratação geradoras de relações de trabalho atípicas.

Em função dessa nova realidade, contraposta à rigidez da legislação trabalhista, surgiu uma teoria chamada de flexibilização dos direitos trabalhistas, objetivando adaptar esse dinamismo à realidade laboral (MARTINS, 2012, p. 539).

De acordo com o desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2016, p. 319):

Trata-se de um processo de quebra da rigidez das normas, tendo por objetivo, segundo seus defensores, conciliar a fonte autônoma com a fonte heterônoma do direito do trabalho, preservando, com isso, a saúde da empresa e a continuidade do emprego.

Nesta toada, flexibilizar é diminuir a rigidez das leis trabalhistas por meio da negociação coletiva, ou seja, é dar ênfase ao negociado em detrimento do legislado. No instituto da flexibilização permanecem as normas básicas de proteção ao trabalhador, no entanto, concede-se maior abrangência às convenções e aos acordos, a fim de adaptar as cláusulas contratuais às realidades econômicas da empresa (CORREIA, 2016, p. 60).

3 O LIMITE DE SE FLEXIBILIZAR AS LEIS TRABALHISTAS

Tanto o advento da globalização tecnológica, quanto a crise econômica interviram de tal forma nas relações de trabalho que demandou uma reconsideração do seu ordenamento jurídico, com o fito de manter a competitividade e o rendimento empresarial. Passou-se, pois, a defender a

hipótese de se flexibilizar alguns preceitos contidos na legislação.

A flexibilização, *in pejus*, de direitos trabalhistas, mesmo por meio da negociação coletiva, ainda que admitida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é exceção no sistema jurídico. Portanto, jamais será possível concluir que integra os fundamentos, ou seja, a estrutura e a essência do Direito do Trabalho. Isto é, não há como admitir *status* de princípio jurídico à flexibilização (GARCIA, 2016, p. 83).

Por esse ângulo, o Ministro Delgado, do Tribunal Superior do Trabalho, adverte que os direitos trabalhistas se dividem entre os de indisponibilidade absoluta e os de indisponibilidade relativa, de modo que possam limitar a flexibilização excessiva. Nesta toada, define os direitos de indisponibilidade absoluta como aqueles que exigem tutela de interesse público, porquanto representam um estágio mínimo civilizatório, ou, ainda, aqueles que estão protegidos por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Os direitos de indisponibilidade relativa, por seu lado, correspondem à interesse individual ou bilateral simples (DELGADO, 2015, p. 220).

Ressalta-se, outrossim, que o fenômeno da flexibilização já existe em nosso ordenamento jurídico, o qual permite a adequação da legislação, via negociação coletiva, às realidades econômicas da empresa e às realidades regionais. Assim, destacam-se as principais hipóteses de flexibilização previstas na legislação trabalhista e na Carta Magna de 1988, a seguir.

3.1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A flexibilização não deve incidir sobre os direitos mínimos assegurados ao trabalhador, salvo nos casos previstos na própria Carta Magna, art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, os quais estão contidos a seguir e possibilitam maior abertura à negociação coletiva, senão vejamos:

VI - Irredutibilidade do salário, **salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.** (grifos acrescidos)

Ademais, destaca-se:

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. (grifos acrescidos)

E, ainda:

XIV – Jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, **salvo negociação coletiva.** (grifos acrescidos)

Portanto, evidencia-se a possibilidade de se flexibilizar normas trabalhistas em consonância com a CRFB/88, desde que seja mais favorável ao trabalhador, e realizado por convenção ou acordo coletivo.

3.2 Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943

Nesse contexto, insta ressaltar as hipóteses legais de flexibilização das normas que estão contidas na CLT, as quais possuem autorização da CRFB/88, tendo em vista que é da União a competência privativa para legislar sobre direito e processo do trabalho. Assim, colaciona-se a seguir as possibilidades de flexibilização da Consolidação das Leis do Trabalho de (BRASIL, 1943), *in verbis*:

3.2.1 Horas *in itinere*

Art. 58, § 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, **por meio de acordo ou convenção coletiva,** em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração. (grifos acrescidos)

3.2.2 Regime por tempo parcial:

Art. 58-A, § 2º Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, **na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva.** (grifos acrescidos)

3.2.3 Intervalo intrajornada

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, **salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.** (grifos acrescidos)

3.2.4 *Lay Off*

Art. 476-A - O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, **mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado**, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação. (grifos acrescentados)

Ademais, recentemente foi promulgada a Lei n.º 13.189/2015, que prevê nova hipótese de *lay off* como resposta ao aumento do número de desempregos diante da crise econômica. Nesse sentido, criou-se o Programa de Proteção ao Emprego – PPE.

Segundo tal regulamentação, é possível que a empresa reduza a jornada de trabalho de seus empregados em até 30% com a correspondente diminuição do salário. Outrossim, destaca-se que o valor pago pelo empregador após a redução não pode ser inferior ao salário mínimo. No entanto, para que essa redução seja válida, também é necessária a celebração de acordo coletivo com o sindicato profissional. Ao final, é imperioso salientar que o prazo de duração é de até 6 meses, prorrogáveis até o limite de 24 meses (CORREIA, 2016, p. 62).

Sendo assim, percebe-se que, na hipótese de o ordenamento jurídico estatal não autorizar qualquer derrogação *in pejus* do disposto na lei, a negociação coletiva fica limitada ao tratamento mínimo legal e constitucional, não tendo eficácia a cláusula normativa que contrarie a lei e disponha de modo prejudicial ao trabalhador.

No entanto, em não havendo autorização expressa e específica para a flexibilização de direito trabalhista, não pode ser aceita a sua “precarização”. Isso é, o mero reconhecimento constitucional das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI), por si só, não autoriza a flexibilização generalizada, o que representaria uma interpretação contrária à sistemática constitucional vigente (GARCIA, 2016, p. 112).

Neste contexto, a desembargadora Cassar (2010) afirma, *in verbis*:

A Constituição Federal de 1988 é uma Constituição Social, preocupada com o combate da exploração do homem pelo homem e defende a aplicação direta dos princípios nela contidos como meio

de reforçar a proteção aos hipossuficientes. **Deve haver ponderação entre a flexibilização das relações de trabalho e a realização dos valores sociais preservadores da dignidade do ser humano que trabalha**, através da aplicação da teoria pós-positivista dos princípios constitucionais, priorizando o homem, o trabalhador e sua dignidade, sempre à luz das necessidades brasileiras (grifos acrescentados)

Desse modo, é cediço que a proteção da dignidade do trabalhador, por meio da melhoria de sua condição social, não pode ser mitigada por objetivos voltados à mera redução de custos econômicos das empresas, considerando que a flexibilização existe para proteger o emprego do trabalhador, e não para lhe retirar os direitos assegurados na CRFB/88.

4 POSIÇÕES FAVORÁVEIS À FLEXIBILIZAÇÃO

Verifica-se, no Brasil, que está cada vez mais em voga a necessidade de se adaptar pontos concernentes à relação de trabalho com as mudanças fomentadas pelos novos modelos empresariais da era pós-industrial, os quais apresentam elevada competitividade, a exigir maior produção, com menor custo e em maior velocidade (MARTINS, 2012, p. 539).

111

De acordo com os doutrinadores que defendem a possibilidade de se flexibilizar as normas trabalhistas, os argumentos mais significantes conducentes a viabilizar tal possibilidade são: (i) os avanços das conquistas trabalhistas que tornaram extremamente onerosos os postos de trabalho para as empresas, considerando os altos encargos trabalhistas; e (ii) a substituição da mão de obra humana por equipamentos mais modernos que reduzem a necessidade de pessoas na produção.

Aliás, o professor José Pastore afirma que o Brasil é o país que lidera o índice de impostos e de encargos sociais, em que pesem os salários sejam baixos. Isto é, os trabalhadores acabam recebendo pouco e custando muito para as empresas, fato que corrobora a ideia de se flexibilizar alguns direitos objetivando a manutenção dos empregos. Portanto, com base no novo panorama institucional que se enfrenta, segundo o autor, o Estado não deve mais interferir na dinâmica socioeconômica de seu país (PASTORE, 1995).

Portanto, enaltece-se o desejo dos empregadores em manter

seus empreendimentos em constante expansão, bem como o anseio dos empregados em terem seus postos de trabalho e direitos garantidos, independentemente da crise.

Deste modo, a proposta consiste em mitigar ou adaptar a proteção do direito do trabalho, conforme cada caso concreto, com o objetivo de aumentar o emprego e a competitividade empresarial.

5 POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS À FLEXIBILIZAÇÃO

Uma segunda corrente se posiciona de maneira contrária à flexibilização, alegando que tal parâmetro não é eficiente para reduzir a informalidade no mercado de trabalho, tampouco fomentar o comércio e aquecer a economia, mas, pelo contrário, afirmam que essa medida apenas colabora na desestruturação do mercado de trabalho (POCHMANN, 1999).

112

Aliás, alegam que a flexibilização é uma maneira de destruir os direitos e garantias conquistadas pelos trabalhadores, assim como obstrui a expansão e a fluidez do capital.

Dessa maneira, de acordo com os prejuízos que podem surgir na coletividade ante à flexibilização das normas trabalhistas, salienta-se que a sua utilização de maneira excessiva permite a precarização das relações trabalhistas e, por conseguinte, um retrocesso ao passado, na medida em que, se não forem respeitados os limites impostos por lei e pelos princípios, os direitos dos trabalhadores podem ser cessados, em prol dos interesses do poder econômico, da lucratividade e da competitividade.

Sendo assim, infere-se que apreensão da doutrina antiflexibilista não é o interesse social, mas na verdade a precarização do trabalho, com o propósito de aumentar a margem de lucro empresarial. Aliás, não há como se falar em flexibilização de normas trabalhistas enquanto grande parte da população sofre com as mazelas do trabalho análogo ao de escravo.

Portanto, no que tange à flexibilização, é cediço que esse fenômeno se tornou imperioso ante às alterações advindas de vários elementos do processo de globalização do capital, contudo, há de ser acompanhado pela manutenção das garantias mínimas asseguradas constitucionalmente aos

trabalhadores (MORAES, 2005, p. 69).

6 CASOS DE FLEXIBILIZAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, é imperioso destacar que a própria Constituição acirrou os debates acerca do tema, tendo em vista que outorgou muitas modificações nos direitos trabalhistas existentes, por meio dos acordos e das convenções coletivas. Tal fato foi fundamental para viabilizar a flexibilização no País.

Diante disso, não é desairoso colacionar exemplos jurisprudenciais do Egrégio Tribunal do Trabalho da 12ª Região (TRT12), em que se pode visualizar a utilização do instituto da flexibilização, via negociação coletiva, a fim de se adaptar com as relações laborais à realidade econômica empresarial.

6.1 Casos de redução salarial (art. 7º, VI, CRFB/88)

No tocante à irredutibilidade salarial, que está prevista no art. 7º, VI, da Carta Magna, a qual é vedada, salvo por convenção ou acordo coletivo, é importante salientar que o Direito do Trabalho é composto também de normas autônomas em que as próprias partes elaboram as regras que irão conduzir o vínculo de emprego.

Nesse contexto, destaca-se o seguinte julgado do TRT12, o qual permitiu a redução salarial prevista em acordo coletivo do trabalho, *in verbis*:

NORMAS COLETIVAS. REDUÇÃO SALARIAL. VALIDADE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA.

As cláusulas normativas que apresentam redução salarial são válidas quando previstas por acordo coletivo do trabalho ou convenção coletiva do trabalho, por força do art. 7º, VI da CRFB. Inexistência de hipótese de enquadramento da Súmula 277 do TST. O que se deve verificar, unicamente é se, conglobadamente, as normas coletivas não traduziram prejuízo à categoria do empregado, o que há de ser demonstrado.² (grifou-se)

Outrossim, objetivando corroborar a possibilidade de se flexibilizar o salário, adiciona-se ao presente artigo, nos anexos, um acordo coletivo

² SANTA CATARINA, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo n.º 0002977 43.2012.5.12.0047, Juiz José Ernesto Manzi - Publicado no TRTSC/DOE em 15-5-2013.

de trabalho celebrado na cidade de Joinville/SC, registrado no Ministério do Trabalho e Emprego em 22-6-2016, sob o número SC001288/2016, o qual reduziu os salários e proporcionalmente a jornada de trabalho dos empregados da empresa Erzinger Indústria Mecânica Ltda, pelo período de 3 (três) meses.

Desse modo, depreende-se que o aludido acordo se baseia na situação econômica extremamente delicada do País, a qual impacta diretamente nas atividades financeiras das empresas, com a consequente redução da demanda.

Nesse sentido, a fim de preservar não só os princípios fundamentais da função social empresarial, como também a manutenção do pleno emprego, a empresa Erzinger Indústria Mecânica Ltda., em companhia com o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Oficinas Mecânicas de Joinville e Região, celebrou o supracitado acordo coletivo de trabalho.

114 6.2 Casos de flexibilização da jornada de trabalho (art. 7º, XIII, CRFB/88)

A despeito do que está contido no art. 7º, XIII, da Magna Carta, é inválida, juridicamente, a simples extensão da duração do trabalho por além do montante de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Por esse ângulo, confere-se o julgado do Egrégio TRT12 que assentiu em utilizar o regime de compensação da jornada de trabalho, que é uma forma de prorrogação da duração do trabalho prevista na Constituição, porém sem o pagamento de horas extras, uma vez que serão compensadas em outros dias, *in verbis*:

HORAS EXTRAS. BANCO DE HORAS. A validade do banco de horas está condicionada ao cumprimento da sistemática estabelecida por meio das normas coletivas. A inobservância das regras pertinentes torna inválido o ajuste, demandando o pagamento das horas que extrapolaram os limites do art. 7º, XIII, da CF/88.³ (grifou-se)

³ SANTA CATARINA, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Processo n.º 0004952-36.2015.5.12.0002*, Juiz Roberto L. Guglielmetto, publicado no TRTSC/DOE em 16-5-2017.

Dessarte, são válidos os bancos de horas, desde que regulamentados por acordos ou convenções coletivas, não sendo devidas horas extras justamente porque o excesso de jornada em um dia é compensado pela redução laboral em outro.

Nesse viés, há na jurisprudência trabalhista a famosa jornada de plantão 12x36, a qual é fixada por negociação coletiva, nos moldes do mesmo artigo constitucional.

Por conseguinte, transcreve-se acórdão do Egrégio TRT da 12ª Região o qual validou 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, *in verbis*:

HORAS EXTRAS. SISTEMA DE 12 POR 36 HORAS. A Constituição Republicana de 1988, em seu art. 7º, inc. XIII, acolheu o elastecimento da jornada mediante compensação semanal, respeitado, porém, o limite de 44 horas, não prevendo quaisquer limitações. Devidamente cumprido, é válido o sistema de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, posto que não ultrapassado o limite imposto.⁴ (grifou-se)

115

Ante o exposto, à luz do artigo 7º, XIII, da Magna Carta, infere-se que é possível implantar o regime de compensação de jornada nas relações de trabalho, com o propósito de adaptá-la às recentes inovações no cenário atual, fato que reflete no fenômeno da flexibilização das normas.

6.3 Casos de turnos ininterruptos (art. 7º, XIV, CRFB/88)

Em consonância com o art. 7º, XIV, da Carta Maior, é viável a fixação de jornada de trabalho superior a 6 horas pelo sistema de turnos ininterruptos de revezamento, contanto que seja estabelecida através de regular negociação coletiva e limitada a oito horas diárias.

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO A OITO HORAS DIÁRIAS. Consoante entendimento jurisprudencial majoritário do E. TST, fundamentado na Súmula 423 daquela Corte e na interpretação

⁴ SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Processo n.º 0002881-29.2015.5.12.004*, Juiz Narbal A. Mendonça Fileti, publicado no TRTSC/DOE em 23-2-2017.

conjunta dos incisos XIII, XIV, XXII e XXVI do art. 7º da Constituição Federal, a majoração da jornada legal de seis horas, para os trabalhadores sujeitos a turnos ininterruptos de revezamento, pressupõe não apenas a existência de previsão expressa em norma coletiva, mas, também, a não extrapolação do limite de oito horas diárias, sob pena reconhecimento do direito a percepção de horas extras além da sexta.⁵ (grifou-se)

Dessa forma, a majoração da jornada legal de seis horas, para os trabalhadores sujeitos a turnos ininterruptos de revezamento, pressupõe não apenas a existência de previsão expressa em norma coletiva, mas também a não extrapolação do limite de oito horas diárias.

Quanto a esse aspecto, o Egrégio TST editou a Súmula nº 423, *in verbis*:

TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras. (grifou-se)

Por conseguinte, nessa jornada especial, caso haja trabalho após a sexta hora, será considerada como extra. No entanto, conforme visto anteriormente, a própria Carta Magna permite que, via negociação coletiva (acordo ou convenção), essa jornada seja aumentada. Assim, segundo o TST, se houver negociação coletiva, há a possibilidade de a jornada ser flexibilizada para oito horas (Súmula nº 423 TST).

7 CONCLUSÃO

Com o desdobramento da pesquisa em comento, objetivou-se sugerir maiores explicações a respeito deste tema, a fim de entendê-lo e assimilá-lo de forma mais objetiva, sobretudo pela realidade que o País enfrenta, na qual, gradativamente, a iniciativa privada busca solucionar suas inconformidades sem a intervenção estatal.

De acordo com o que foi abordado no decorrer do artigo em

⁵ SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Processo n.º 0000818-06.2015.5.12.0021*, Juiz Roberto Basilone Leite, publicado no TRTSC/DOE em 16-5-2016.

testilha, o Direito do Trabalho é um ramo da ciência do Direito muito versátil, que está em constante transformação em busca de compatibilizar as inovações tecnológicas sem reduzir direitos e garantias individuais e, para tal fenômeno, deu-se o nome de flexibilização.

Ademais, após a análise minuciosa do tema e o levantamento dos argumentos jurídicos ora apresentados, é imperioso concluir que o fundamento mais comum para legitimar a flexibilização dos direitos dos trabalhadores está no fato de os procedimentos e métodos de trabalho se mostrarem inapropriados e lentos diante da globalização, e, dessa forma, surgir a necessidade de mudanças pontuais que sejam convenientes para ambas as partes.

Sem embargo, não se pode permitir que com a instituição da flexibilização surja, em nosso ordenamento jurídico, uma recessão social, na qual se enalteça os benefícios econômicos em detrimento das garantias sociais, confrontando os princípios norteadores do Direito do Trabalho, como o da proteção e da irrenunciabilidade dos direitos.

Por fim, duas correntes foram apresentadas no estudo em comento. Na corrente favorável à flexibilização, seguiu-se o posicionamento de Pastore, o qual afirma que com a flexibilização seria possível adaptar as leis trabalhistas às grandes modificações surgidas no mercado de trabalho, com o intuito de criar novos empregos e diminuir a incidência dos encargos sociais.

Por outro lado, na corrente contrária à flexibilização, constatou-se que tal ideologia é uma forma de desregulamentar os direitos e vantagens que protegem o trabalhador, com o objetivo de aumentar a margem de lucro da classe patronal, sob o argumento, muitas vezes fictício, de que a empresa está sofrendo com a crise.

Todavia, a realidade brasileira é marcada pela desigualdade social e pela injusta divisão do capital, fato que corrobora a ideia de inviabilidade da negociação coletiva entre empregado e empregador, tendo em vista a nítida superioridade de poderes e interesses, sobretudo em tempos de crise, quando possuir emprego, ainda que com baixos salários, torna-se um privilégio.

Ante o exposto, atestou-se que o fenômeno da flexibilização já

está presente em nosso ordenamento jurídico, o qual viabiliza a adequação, via negociação coletiva, às realidades econômicas da empresa e aos fatores regionais, de modo que se possa compatibilizar as normas autônomas com as heterônomas.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. **Decreto-Lei n. 5452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Secção 1, p. 11937-11984.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho - **TST n. 423**, de 13 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-423> Acesso em: 1º julho de 2017.
- CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho**. 8 ed. Salvador: Juspodivum, 2016. p. 60.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 220- 221.
- FILHO, MARTINS, Ives Gandra silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64.
- GARCIA, Gustavo Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 83.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 319.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 539.
- MORAES, Luis Felipe do Nascimento. O capital globalizado, o investimento estrangeiro e a flexibilização das normas trabalhistas no Brasil. **Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba: Genesis, v. 25, n. 125 , p. 69, fev. 2005.
- PASTORE José. **Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva**, São Paulo: LTr, 1995.
- POCHMANN, Marcio. **O trabalho sob fogo cruzado: exclusão, desemprego e precarização no final do século XX**. São Paulo: Contexto, 1999.
- SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Processo n.º 0004952-36.2015.5.12.0002**, Magistrado Roberto L. Guglielmetto, publicado no TRTSC/DOE em 16-5-2017.
- _____. _____. **Processo n.º 0002977-43.2012.5.12.0047**, Magistrado José Ernesto Manzi - Publicado no TRTSC/DOE em 15-5-2013.

_____. _____. **Processo n.º 0000818-06.2015.5.12.0021**, Magistrado Roberto Basilone Leite, publicado no TRTSC/DOE em 16-5-2016.

_____. _____. **Processo n.º 0002881-29.2015.5.12.004**, Magistrado Narbal A. Mendonça Fileti, publicado no TRTSC/DOE em 23-2-2017.

ANEXOS

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO 2016/2016

NÚMERO DE REGISTRO NO MTE:	SC001288/2016
DATA DE REGISTRO NO MTE:	22/06/2016
NÚMERO DA SOLICITAÇÃO:	MR033535/2016
NÚMERO DO PROCESSO:	46304.001776/2016-07
DATA DO PROTOCOLO:	21/06/2016

Confira a autenticidade no endereço <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>.

SIND TRAB IND E OFICINAS MECANICAS DE JOINVILLE REGIAO, CNPJ n. 84.714.104/0001-58, neste ato representado(a) por seu Secretário Geral, Sr(a). ADRIANO BRAATZ;

E

ERZINGER INDUSTRIA MECANICA LTDA, CNPJ n. 80.986.581/0001-11, neste ato representado(a) por seu Sócio, Sr(a). HILARIO KUHL ;

celebram o presente ACORDO COLETIVO DE TRABALHO, estipulando as condições de trabalho previstas nas cláusulas seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA - VIGÊNCIA E DATA-BASE

As partes fixam a vigência do presente Acordo Coletivo de Trabalho no período de 01º de junho de 2016 a 31 de agosto de 2016 e a data-base da categoria em 01º de abril.

CLÁUSULA SEGUNDA - ABRANGÊNCIA

O presente Acordo Coletivo de Trabalho, aplicável no âmbito da(s) empresa(s)

acordante(s), abrangerá a(s) categoria(s) **Trabalhadores nas Indústrias e Oficinas Mecânicas**, com abrangência territorial em **Joinville/SC**.

Salários, Reajustes e Pagamento

Descontos Salariais

CLÁUSULA TERCEIRA - ACORDO COLETIVO PARA REDUÇÃO DE JORNADA E SALÁRIO

CONSIDERANDO, que o salário é irredutível, salvo nos casos de acordo ou convenção coletiva de trabalho firmados com a assistência do Sindicato Laboral, nos termos do **inciso VI do artigo 7º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, bem como o disposto no inciso XIII também do artigo 7º da Constituição Federal**.

CONSIDERANDO, que a situação econômica nacional ainda encontra-se em momento extremamente delicado, o que vem impactando diretamente nas atividades empresariais da Requerente, com a conseqüente redução de pedidos, e com o intuito de resguardar os princípios fundamentais da função social da empresa, bem como a manutenção do pleno emprego, a Requerente vem pela presente propor o que segue:

120

Condições da proposta de acordo:

- 1.** O presente acordo coletivo tem como objetivo estabelecer a forma e as condições para a redução da jornada de trabalho, e a correspondente redução proporcional dos salários dos empregados da Requerente.
- 2.** O objetivo do presente acordo é reduzir a jornada de trabalho em até 20% (redução) da jornada mensal, correspondente a 8h48min semanais e 44h (quarenta e quatro) horas mês, com reflexo nos salários correspondentes pelo período de 03 (três) meses, nos seguintes meses: os meses de: junho/16, julho/16 e agosto/16.
- 3.** A redução de salários corresponderá a 50% (cinquenta por cento) da redução da jornada de trabalho aprovada, assim sendo a Erzinger arcará com o pagamento de 50% (cinquenta por cento) da redução de jornada a que for submetido o empregado.
- 4.** A redução da jornada de trabalho que vier a ser aprovada será realizada preferencialmente as segundas ou sextas-feiras de cada semana, nos meses em

que for aprovada a redução da jornada de trabalho.

5. O presente acordo abrangerá todos os empregados e setores da empresa, ficando a cargo da empresa a determinação de quais setores serão ou não atingidos e terão o acordo efetivamente implementado.

a. Os empregados que forem convocados nas datas previstas de redução da jornada de trabalho, receberão a remuneração normal dos dias trabalhados, sem qualquer desconto ou redução.

b. As convocações para eventual trabalho em datas previstas de redução da jornada de trabalho, deverão ser realizadas com uma antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.

6. Em caso de mudanças favoráveis das condições econômicas da Requerente, poderá haver antecipadamente o restabelecimento da jornada de trabalho e dos salários, sem prejuízo da suspensão deste acordo, sem invalidá-lo ou inibir seu restabelecimento.

7. No período de vigência do presente acordo ou de sua eventual prorrogação fica assegurada a garantia de emprego aos empregados que forem submetidos ao presente acordo, e tenham efetivamente sofrido a redução da jornada e de salário, salvo o caso de demissão por justa causa, ou pedidos de demissão.

8. No período de vigência do presente acordo, a empresa se compromete a não fazer a admissão de novos empregados, salvo se eventualmente assim for determinados pelos órgãos da administração pública de âmbito federal, estadual ou municipal (pessoas portadores de necessidades especiais, aprendizes, reintegração ao emprego), ou para reposição de empregados demitidos por justa causa, ou em razão de pedidos de demissão.

9. Fica estabelecido que não existe qualquer vedação quanto a pratica e/ou trabalho em jornada extraordinária durante a vigência do presente acordo, contudo o trabalho em jornada extraordinária somente se dará em caráter excepcional.

10. As demais cláusulas e condições de trabalho constantes dos contratos individuais de trabalho permanecerão inalteradas.

11. Caso surjam eventuais divergências quanto a aplicação das normas estabelecidas na presente, referidas divergências serão resolvidas perante a

empresa Acordante e o **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS E OFICINAS MECÂNICAS DE JOINVILLE E REGIÃO.**

12. O prazo de vigência do presente acordo é para o período descrito no item 2 da presente.

ADRIANO BRAATZ

Secretário Geral

SIND TRAB IND E OFICINAS MECANICAS DE JOINVILLE REGIAO

HILARIO KUHL

Sócio

ERZINGER INDUSTRIA MECANICA LTDA

ANEXOS

122

ANEXO I - ATA DE APROVAÇÃO DA ASSEMBLÉIA

A autenticidade deste documento poderá ser confirmada na página do Ministério do Trabalho e Emprego na Internet, no endereço <http://www.mte.gov.br>.

A REFORMA TRABALHISTA E OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA: PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO

Iraú Oliveira de Souza Neto¹

Narbal Antônio de Mendonça Fileti²

Resumo: O artigo procura apresentar de forma sucinta as alterações introduzidas pela Lei nº 13.467/17 no tocante à concessão da justiça gratuita, sobretudo o seu alcance de isentar o beneficiário no pagamento de alguns encargos processuais. Busca, também, fazer uma correlação entre a alteração legislativa da CLT e a atual dinâmica estruturada pelo CPC, sem olvidar, obviamente, as diretrizes e os princípios da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Justiça Gratuita. Honorários Advocatícios. Honorários Periciais. Despesas Processuais. Acesso à Justiça. Processo do Trabalho.

123

1 INTRODUÇÃO

A pretexto de modernizar as relações de trabalho, a Lei nº 13.467/17, cognominada “reforma trabalhista”, introduziu alterações substanciais nas regras de direitos material e processual do trabalho. Contudo, uma despreziosa leitura do texto recém-publicado atesta seu

¹ Pós-graduado em Direito Processual Civil. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor de Direito do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Advogado.

² Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor de Processo do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Professor de Processo do Trabalho da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), da Universidade do Vale do Itajaí/Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região (UNIVALI/AMATRA 12) e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Professor Convidado-Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Membro do Conselho Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA). Juiz do Trabalho Titular na 12ª Região.

verdadeiro sentido: a um, derruir consolidada jurisprudência do TST sobre variadas temáticas³; a dois, legitimar a negociação sobre direitos sociais fundamentais⁴; e a três, dificultar o acesso ao Judiciário Trabalhista, este último a ser abordado nesta articulação.

Ao contrário dos demais ramos do Judiciário, os principais demandantes da Justiça do Trabalho estão desempregados ou são trabalhadores menos abastados, que se socorrem do Judiciário para postular verbas trabalhistas básicas. A propósito, segundo o Relatório Justiça em Números do CNJ⁵, de 2016, as verbas rescisórias ocuparam a primeira posição nos assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho, correspondendo a 49,47% dos pedidos, seguidos de indenização por dano moral (7,03%), diferenças salariais (5,38%), seguro-desemprego (4,87%) e gratificação compulsória de férias (3,0%).

Nota-se, portanto, que os itens vindicados integram o patamar civilizatório mínimo do trabalhador (DELGADO, 2016, p. 123), dada a sua natureza alimentar, de modo a ser fundamental garantir o pleno acesso ao Judiciário para apreciação de eventual lesão a esses direitos mínimos (art. 5º, inc. XXXV, da CF⁶).

Daí a razão da facilitar o acesso à Justiça do Trabalho, uma vez que os direitos lá discutidos revestem o núcleo essencial à vida digna de

³ Citam-se, *u.g.*, a prescrição intercorrente (art. 11-A introduzido à CLT e Súmula nº 114 do TST), prestação de horas extras habituais e ajuste de compensação (art. 59-B introduzido à CLT e Súmula nº 85, item IV, do TST), homologação do quadro de carreira e/ou plano de cargos e salários no Ministério do Trabalho (§ 2º do art. 461 introduzido à CLT e Súmula nº 6, item I, do TST), condição do preposto ser empregado da reclamada (§ 3º do art. 843 introduzido à CLT e Súmula nº 377 do TST)

⁴ O art. 611-A introduzido à CLT pela Lei nº 13.467/17 arrola alguns direitos sociais passíveis de negociação por convenção ou acordo coletivo de trabalho (*u.g.* jornada de trabalho, banco de horas, intervalo intrajornada, teletrabalho, feriado, insalubridade).

⁵ Dados extraídos do sítio eletrônico do CNJ (Justiça em números 2016: ano-base 2015/ Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016): <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>

⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos [...]”

qualquer pessoa. Não por outro motivo o art. 14, *caput* e §1º, da Lei nº 5.584/70⁷, bem como o art. 790, § 3º⁸, positivaram meios de possibilitar que pessoas desprovidas de condições financeiras consigam, sem maior esforço, socorrer-se ao Judiciário para ver cessadas supostas lesões a seus direitos. Também o CPC, em sintonia com as disposições mencionadas, e de aplicação subsidiária e supletiva ao processo do trabalho (art. 769 da CLT c/c art. 15 do CPC), reservou uma seção apenas para tratar da gratuidade da justiça (arts. 98-102).

Os dispositivos mencionados antes decorrem da própria CF, art. 5º, incs. XXXV⁹ e LXXIV, cujo teor imprime a fundamentalidade de se assegurar o real (e não apenas aparente) acesso ao Judiciário, independentemente das barreiras de ordem econômica e/ou social. Segundo Cappelletti (*apud* SILVA, 2009, p. 219-220), “está bem claro hoje que tratar como igual a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e injustiça”.

Entretanto, a Lei n. 13.467/17 confere ao instituto da gratuidade da justiça tratamento singular, notadamente no tocante à isenção de despesas processuais até então absorvidas pela hipossuficiência do litigante. Ao modificar as regras relacionadas à gratuidade da justiça e, conseqüentemente, dificultar o pleno acesso à Justiça do Trabalho, o legislador supostamente ignora a razão de ser desta Especializada, bem como despreza o contexto a que estão inseridos os jurisdicionados que diuturnamente a procuram para

⁷ “Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. §1º. A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.” (*sic*)

⁸ “Art. 790. [...] § 3º. É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.”

⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”

resolver seus conflitos.

Constata Silva (2009, p. 220), por derradeiro, diz que “os pobres têm acesso muito precário à justiça”. Potencializar essa precariedade aos mais necessitados mediante regras que restringem, quando menos dificultam, o acesso ao Judiciário Trabalhista deve ser estudada com cautela e prudência. Portanto, mostra-se de inegável relevância o conhecimento das novas regras da gratuidade no processo do trabalho, a fim de verificar quais os impactos – negativos e positivos – da nova sistemática processual.

E é em razão desse novo regramento proposto, em cotejo com os princípios e regras constitucionais e legais vigentes, sem olvidar as décadas de evolução jurisprudencial e doutrinária a respeito, que o presente trabalho se desenvolverá.

2 ACESSO À JUSTIÇA

126

2.1 Valor Constitucional

Consta do art. 8º, item 1, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, firmada em 22-11-1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

A CF prevê o acesso à justiça no art. 5º, inc. XXXV, arrolado no rol de direitos e garantias fundamentais. Considerando que o Estado reservou a si o monopólio da jurisdição, foi concedido, doutro lado, o direito fundamental do cidadão de provocar o Estado-juiz para fazer cessar lesão ou ameaça a direitos.

A fundamentalidade do princípio do acesso à justiça tem ganhado apreço nas últimas décadas, uma vez que sua garantia assegura a concretização

dos demais direitos previstos no ordenamento jurídico¹⁰.

De nada adianta a positivação de diversas garantias constitucionais e legais se não houver como materializá-las. Para Cappelletti e Garth, 1988, p. 11-12, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

Porém, deve-se conceber o acesso à justiça mais a fundo.

Mais do que possibilitar o direito de ação ao Judiciário, é vital promover aos demandantes condições de que esse acesso seja efetivo e satisfatório. É dizer: desprezar que os litigantes não são iguais e, por isso, merecedores de tratamento diverso, é desatender (ou, quando menos, dificultar) o pleno acesso à justiça:

[...] Não basta haver judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa. O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional. (CLÉVE, 2011, p. 271)

127

Firma-se a compreensão de que o acesso à justiça deve ser dotado de acessibilidade factual, e não apenas formal, razão por que o Estado deve se pautar de modo a permitir que todos, indistintamente, tenham condições igualitárias de provocar a tutela jurisdicional para garantir a efetivação de seus direitos. Promove-se, em maior ou menor medida, a construção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da isonomia

¹⁰ Não se olvida a íntima relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio da efetividade processual, como lembram Cappelletti e Garth (1988, 12-13): “O enfoque sobre o caso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. [...]. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”.

substancial¹¹ (arts. 1º, inc. III¹², art. 3º, incs. I, III e IV¹³, art. 5º, *caput* e incs. LIV e LV¹⁴, todos da CF).

E, para que logre alcançar a plenitude do acesso à justiça, tem-se por imprescindível suplantar, sempre que possível, os entraves a tal desiderato, a exemplo dos custos do processo¹⁵, da burocracia dos procedimentos

¹¹ Do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial e hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, que significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 59-60).

¹² “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”

¹³ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁴ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”

¹⁵ A título ilustrativo, assinala-se o ajuizamento, pelo Conselho Federal da OAB, de uma série de ações no Supremo contra aumento de custas judiciais (*v.g.* ADIn 5.720, ADIn 5.470, ADIn 5.594, ADIn 5.661), sob o argumento de que os percentuais fixados são excessivos e comprometem o acesso à Justiça. Na ADIn 5.470 o saudoso ministro Teori Zavaski deferiu, em 30-6-2016, liminar para suspender a majoração da base de cálculo das taxas judiciárias praticadas no estado do Ceará, sob o fundamento, no que aqui nos interessa, de que “*o periculum in mora* decorre da própria exorbitância do valor exigido a título de custas jurisdicionais, o que, nos termos da Súmula 667 do STF, com as observações acima realizadas quanto ao limite máximo constante da lei impugnada, afronta igualmente o direito ao livre acesso ao Poder Judiciário. Ademais, em que pese a previsão da possibilidade de concessão de justiça gratuita, os contornos de seus requisitos são fluidos, não havendo uniformidade de tratamento entre juízos de primeiro grau e mesmo entre tribunais, razão pela qual não há certeza de sua obtenção.” (BRASIL, 2016)

judiciais¹⁶, da falta de conhecimento dos direitos mínimos¹⁷, dentre outros¹⁸. Somente a equalização das distorções exemplificativamente mencionadas poderá fazer com que se alcance o acesso justo à prestação jurisdicional, sob pena de retroceder-se à iníqua e combalida época *laissez-faire*, em absoluta desatenção ao contexto social e à realidade.

Ao que interessa a presente articulação, o enfoque se dá quanto ao entrave aos elevados encargos de uma demanda judicial, principalmente se considerada a péssima distribuição de renda no Brasil, o que certamente configura inegável limitação ao acesso à justiça.

Com efeito, a fim de harmonizar a necessidade de se taxar o serviço judiciário¹⁹ com a necessidade de se proporcionar o acesso dos mais pobres

¹⁶ A respeito, cita-se o PJe no âmbito da Justiça do Trabalho que, a despeito da celeridade e avanço tecnológico, acaba por dificultar o acesso dos jurisdicionados que não possuem o auxílio de advogados e procuradores. Apesar dos elogios que merecem o sistema (sem olvidar, por óbvio, as críticas também pertinentes aos usuários), a postulação ao Judiciário Trabalhista “exige” a necessidade de assessoramento de procurador, sobretudo aos jurisdicionados que não possuem familiaridade a sistemas informatizados. O *ius postulandi*, s.m.j., previsto na legislação trabalhista (art. 791 da CLT), é enfraquecido pelo PJe-JT.

¹⁷ Socorrendo-se, ainda, dos ensinamentos de Cappelletti e Garth (1988, p. 22-23), em singular obra a respeito do acesso à justiça, o desconhecimento pode ser compreendido como “capacidade jurídica pessoal”. Para os mencionados autores, trata-se, em um primeiro nível, de verificar a possibilidade de se reconhecer a própria existência de um direito juridicamente exigível. E complementam os autores: “essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. [...] Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção”.

¹⁸ Apenas para que não se passe despercebido, o professor Galanter (*apud* CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 25) desenvolveu, ainda, uma distinção entre o que denomina de litigantes “eventuais” e “habituais”, baseado na frequência de litigância. Para ele, haveria uma maior vantagem aos litigantes “habituais” em detrimento dos “eventuais”, ora na experiência, ora nas elaborações de estratégias processuais, ora no conhecimento das instâncias judiciais. Trazendo a tese do professor à processualística laboral, poderia ser ilustrado com empresas que diuturnamente frequentam a Justiça do Trabalho, em oposto de trabalhadores que, vez ou outra, visitam a uma sala de audiência.

¹⁹ Evandro Fernandes de Pontes (2000, p. 67) observa, a respeito das taxas judiciárias, que são “o reflexo de um pensamento conservado em nosso meio jurídico: o de que o exercício jurisdicional é uma função essencial do Estado, mas que infelizmente não deve ser por ele

à justiça, o ordenamento jurídico estabeleceu mecanismos de isenção dos encargos que supostamente impediriam, quando menos intimidariam, o acesso ao Judiciário, dentre elas a previsão de gratuidade da justiça.

2.2 Gratuidade da Justiça e o Benefício da Justiça Gratuita

A fim de viabilizar o acesso aos comprovadamente carentes, percebeu-se a necessidade de se reduzir, senão isentar, os custos do processo, de modo a oportunizar o alcance ao Judiciário. Odioso o passado no qual a Justiça era de acesso restrito a uma pequena fração da população, geralmente a de maior poder aquisitivo²⁰:

[...] discriminação entre as pessoas, na medida em que os mais ricos poderiam violar impunemente os direitos fundamentais dos mais pobres, na certeza de que estes estariam impossibilitados de exercer a autotutela dos seus interesses assim como estariam impedidos de obter a prestação jurisdicional estatal adequada para reparar tais violações de direitos por incapacidade de arcar com as despesas necessárias para um enfrentamento justo e equânime diante do tribunal, com a garantia de “igualdade de armas. (ALVES, 2005, p. 58)

Há muito se debate acerca da gratuidade da justiça como forma de democratizar o acesso à justiça²¹. A título de curiosidade, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a conceber a ideia de assistência judiciária, no seu art. 113, nº 32, cujo teor assegurava aos necessitados a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. Desconsiderando-se outros dados históricos, não por desmerecer seu valor, mas por respeito aos limites

arcado na sua integralidade, já que, politicamente, o exercício jurisdicional não seria uma prioridade política do Estado, e sim da sociedade civil”.

²⁰ É o que Mauro Capelletti catalogou como “primeira onda de acesso à justiça”.

²¹ Há posições sustentando que eventual gratuidade generalizada (ou sem maiores filtros) faria crescer o cognominado “demandismo”, a exemplo de Dinamarco (2009, p. 561) que afirma: “Em tempos passados já se pensou nessa total gratuidade mas prepondera universalmente a onerosidade do processo para as partes, porque a gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas”. Em posição contrária, Nalini (2000, p. 61) aduz que “os homens não criarão conflitos pelo simples fato de que sua solução judicial será livre de custeio”. Independentemente da discussão, é certo que o princípio da isonomia substancial exige solução para o acesso dos carentes ao Judiciário.

impostos ao presente artigo, avança-se ao mais recente arcabouço legal e constitucional a respeito do assunto.

A Lei nº 1.060/50 disciplinou, à época, a matéria relativa à assistência judiciária no âmbito dos poderes públicos federal e estadual, inclusive no que toca à Justiça do Trabalho (art. 2º), regulamentando, inclusive, as hipóteses de concessão da gratuidade, bem como as isenções relacionadas à sua concessão. O CPC/15, entretanto, derogou a citada lei, sobretudo porque normatizou a matéria, o que será objeto de análise adiante.

A CF, no art. 5º, inc. LXXIV, estabelece o dever do Estado à prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. O termo “assistência jurídica” é gênero, englobando, além da assistência judiciária²² no plano judicial, o assessoramento jurídico extrajudicial, fortalecendo, mais ainda, o desenvolvimento da cidadania e dignidade do ser humano (art. 1º, incs. II e III, da CF).

Segundo a doutrina de Scarpinella Bueno (2012, p. 178-9):

O que se quer, de acordo com o art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal é evitar que o *custo* inerente à prestação da atividade jurisdicional seja óbice para aqueles que não tenham condições de suportá-lo. Não se trata de tornar a prestação da atividade jurisdicional gratuita. Não é isto que a Constituição Federal estabelece. Trata-se, bem diferentemente, de evitar que a responsabilidade por estes custos obstaculize o exercício jurisdicional de direitos. É como se dissesse de forma bem direta, é determinar que o próprio Estado assumira, para todos os fins, os custos inerentes ao exercício da função jurisdicional, de modo a permitir àquele que não teria condições de suportá-los atuar processualmente. Neste contexto, não há como omitir que a temática relaciona-se intimamente com o “princípio do acesso à justiça [...]”.

131

²² É oportuno registrar a diferenciação que a doutrina faz no que diz respeito à assistência judiciária e à justiça gratuita. Mauro Schiavi (2015, p. 382) sintetiza bem a questão: “A assistência judiciária é gênero do qual a justiça gratuita é espécie. A Assistência Judiciária Gratuita é o direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais. A Justiça gratuita é o direito à gratuidade de taxas judiciárias, custas, emolumentos, honorários de perito, despesas com editais, etc. Não terá a parte direito a advogado do Estado, mas não pagará as despesas do processo”. O presente trabalho se ocupará, primordialmente, ao instituto da justiça gratuita.

No âmbito infraconstitucional, a CLT se ocupou de tratar a matéria no art. 790, § 3º, segundo o qual os juízes e tribunais poderão conceder, inclusive de ofício, o benefício da justiça gratuita aos que percebam salário igual ou inferior a dois salários mínimos (critério objetivo) ou, ainda, aos que declararem que não estão em condições de suportar as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (critério subjetivo).

Nota-se que, apesar de condicionar a concessão da gratuidade a um limite salarial, a CLT facultou ao juiz (art. 765 da CLT) a avaliação da declaração do litigante, ainda que este possua salário superior àquele parâmetro, caso constatado que os custos do processo possam ser um obstáculo ao acesso ao Judiciário.

O CPC, além de derrogar a Lei nº 1.060/50, normatizou de forma meticulosa o instituto da gratuidade da justiça às partes comprovadamente carentes, incluindo as pessoas jurídicas, desde que comprovem insuficiência de recursos (arts. 98-102). Segundo a legislação processual civil, a gratuidade da justiça, como instrumento eficaz ao acesso à justiça, abrange, dentre outras, as seguintes despesas: taxas e custas judiciais, despesas com publicações, indenização devida à testemunha, honorários advocatícios e periciais, depósitos previstos em lei, etc., conforme § 1º do art. 98 do CPC.

O benefício da justiça gratuita não blinda o beneficiário dos excessos que cometer. Vale dizer, eventual conduta em desacordo com a boa-fé processual (v.g. litigância de má-fé) acarretará a aplicação da penalidade, independentemente da gratuidade da justiça concedida, conforme inteligência do § 4º do art. 98 do CPC.

A despeito de a legislação processual civil e do trabalho exigirem apenas a declaração como meio de garantir o benefício (art. 1º da Lei nº 7.115/83²³), não se olvida a faculdade atribuída ao juiz para a investigação, caso entenda necessário, da real situação econômica do requerente, inclusive com solicitação de provas da carência informada (v.g. comprovante de salário,

²³ A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.” Registra-se, entretanto, posição de Teixeira Filho (2015, p. 116) de que este dispositivo se aplica exclusivamente para fim não judicial.

imposto de renda, comprovante de gastos domésticos, atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social²⁴ etc.), sobretudo porque a presunção da declaração é presumida (*juris tantum*), permitindo-se prova em sentido contrário²⁵.

Portanto, a ideia de gratuidade da justiça, estruturada da CLT ao CPC, em sintonia com o art. 5º, inc. XXXV, da CF, possui como escopo fundamental fazer valer o princípio do acesso à justiça àqueles que, *prima facie*, não teriam condições financeiras para buscar a salvaguarda do Judiciário.

2.3 Despesas Processuais: Custas Processuais, Honorários Advocatícios e Honorários Periciais

A gratuidade da justiça abarca, como visto, algumas despesas²⁶ que são ínsitos à demanda judicial, ora porque são exigidos no início do andamento processual, ora porque surgem no curso do processo por variadas razões. O CPC elenca quais despesas são isentas de pagamento no § 1º do art. 98 do CPC, de aplicação expletiva ao processo do trabalho (art. 769 da CLT).

Tanto a CLT (art. 790, § 3º) como o CPC (art. 98, §1º, inc. I) preveem, de início, a isenção das custas judiciais e emolumentos, sobretudo porque são o primeiro obstáculo a quem pretende se valer do Judiciário. As custas são encargos relacionados à movimentação (ajuizamento ou expedientes) do processo (NASCIMENTO, 2007, p. 440), ao passo que

²⁴ Hipótese prevista no art. 14, § 2º, da Lei nº 5.584/70.

²⁵ “JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PROVA EM CONTÁRIO. Não obstante no processo do trabalho, o art. 790, § 3º, da CLT garanta a gratuidade judiciária àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, e admita a concessão com base na simples declaração de hipossuficiência, o seu conteúdo pode ser elidido por prova em contrário.” (SANTA CATARINA, 2017)

²⁶ Segundo José Augusto Rodrigues Pinto (*apud* SCHIAVI, 2015, p. 470), “despesas processuais são todos os gastos que as partes realizem dentro ou fora do processo, para prover-lhe o andamento ou atender com mais segurança a seus interesses na demanda”. Segundo o CPC, incluem-se no conceito de despesa, além das custas, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha (art. 84).

o emolumento configura ressarcimento de despesas provocadas ao órgão jurisdicional para atender interesse do requerente, a exemplo de traslados e certidões (PINTO *apud* SCHIAVI, 2015, p. 471).

Atendo-se à processualística do trabalho, as custas estão previstas no art. 789 CLT, sendo que, na fase de conhecimento, incidirão no percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, do acordo ou, em caso de improcedência dos pedidos ou extinção do feito, sobre o valor da causa, com quitação após o trânsito em julgado ou quando da interposição de recurso²⁷. Já na fase de execução, as custas, quitadas ao final e de responsabilidade do executado, estão previstas no art. 789-A da CLT, cujo valor encontra previsão específica para cada ato processual.

Os honorários advocatícios podem ser contratuais ou sucumbenciais. O primeiro trata do valor ajustado entre cliente e advogado para a realização de determinada tarefa judicial ou extrajudicial²⁸. O segundo representa a quantia a ser custeada pela parte adversa sucumbente ao procurador da parte vencedora da demanda, conforme regulamenta detalhadamente o art. 85 do CPC.

134

De fato, para as causas que exigem a participação de advogado, a aplicabilidade dos honorários sucumbenciais sempre foi recebida com normalidade, já que aquele, que deu causa à demanda e foi vencido, deve suportar as despesas do procurador da parte vencedora. Isso faz, inclusive, com que se reduza os custos daquele que comprova a legitimidade do seu direito²⁹.

O regramento previsto pela CLT (relação de emprego), entretanto, rege-se pelo princípio do *jus postulandi*, de modo a ser despicienda a

²⁷ Nas ações que envolvam relação de emprego, não há pagamento das custas *pro rata*, ainda que haja acolhimento parcial dos pedidos. Por outro lado, nas demandas que não tratem de relação de emprego, o regramento a ser aplicado, quanto às custas, é aquele previsto na CLT, aplicando-se, entretanto, o critério da sucumbência recíproca (art. 2º da IN nº 27/05 do TST, c/c art. 86 do CPC).

²⁸ A OAB costuma editar quadros com parâmetros de valores a serem seguidos pelos advogados.

²⁹ Não houvesse os honorários sucumbenciais, certamente os honorários contratuais teriam seus valores elevados consideravelmente, em prejuízo ao jurisdicionado que possui razão jurídica e foi compelido a demandar judicialmente para fazer valer seu direito.

participação de advogado³⁰ (art. 791), daí por que sempre prevaleceu, ao menos até a reforma trabalhista, a ideia de que os honorários não decorreriam da mera sucumbência, ressaltando-se as hipóteses do art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/70³¹. No tocante às demais relações jurídicas alheias à CLT (relações de trabalho *lato sensu*, *v.g.*, representantes comerciais), os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência (art. 5º da IN nº 27/2005 do TST)³².

Há, ainda, na qualidade de despesa processual, os honorários periciais, devidos a título de pagamento ao perito que, por algum motivo, participa da demanda para elaboração de trabalho técnico que exige conhecimento especializado, a exemplo do laudo de insalubridade, periculosidade ou contábil³³. Por óbvio, o trabalho técnico deve ser recompensado financeiramente, em valor razoável e proporcional ao serviço e ao tempo despendido pelo *expert*.

A CLT trata dos honorários periciais³⁴ no art. 790-B, pelo qual atribui a responsabilidade pelo seu pagamento à parte sucumbente no

³⁰ Apesar de juridicamente desnecessária a intervenção do advogado, põe-se em cheque o *jus postulandi* no processo do trabalho, uma vez que, com a crescente complexidade das relações de trabalho e, por corolário, do Direito do Trabalho, entendemos pertinente que as partes sejam assistidas juridicamente por procuradores, até para que haja uma real e justa paridade de armas entre os litigantes (art. 7º do CPC), além de efetivar o devido processo legal e ao acesso à ordem jurídica justa.

³¹ Antes da reforma, os honorários sucumbenciais eram deferidos quando a parte estivesse assistido por sindicato da sua categoria e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou em situação econômica desfavorável (*ex vi* Súmulas nº 219, item I, e nº 319 e OJs nºs 304 e 305 da SDI-I do TST)

³² Não se ignora, no particular, cizânia acerca da aplicabilidade do *jus postulandi* nas lides que não envolvam relação de emprego. De um lado, há os que advogam a tese pela possibilidade (*v.g.*, Enunciado nº 67 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho na Justiça do Trabalho), ao passo que há, doutro lado, os que negam sua incidência (*v.g.*, TRT5, RO 0115500-23.2007.5.05.0611, DJ 20/08/2008)

³³ CLT. Art. 879 [...] § 6º. “Tratando-se de cálculos de liquidação complexos, o juiz poderá nomear perito para a elaboração e fixará, depois da conclusão do trabalho, o valor dos respectivos honorários com observância, entre outros, dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade”.

³⁴ Não há que se confundir a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais com a responsabilidade pelos honorários devidos ao assistente técnico, devido exclusivamente à parte assistida (Súmula 341 do TST).

objeto da perícia, ressalvando-se, ao menos até a reforma trabalhista implementada, a hipótese de gratuidade da justiça. Segundo Schiavi (2015, p. 776), acompanhado pela jurisprudência do TST³⁵, afirma que, apesar da lacuna legal, havendo sucumbência parcial no objeto da perícia, deve a responsabilidade ser atribuída exclusivamente ao réu.

A jurisprudência do TST consolidou entendimento de ser inaplicável o art. 465, § 4º, do CPC ao processo do trabalho³⁶, sendo vedada a exigência de depósito prévio dos honorários periciais (OJ nº 98 da SDI-II do TST³⁷). O motivo da orientação, centrada sobretudo na gratuidade da justiça predominante na processualística laboral, é explicado com precisão por Teixeira Filho, 2015, p. 617:

Na vigência do CPC de 1973, alguns juízes do trabalho, logo após a nomeação do perito, costumavam determinar que uma ou ambas as partes depositassem, a título de antecipação parcial dos honorários, quantia para esse fim fixada. Não negamos a utilidade dessa medida porque, de certa forma, constituía um estímulo ao louvado, a par de lhe garantir, ainda que em parte, os honorários, cujo valor final seria arbitrado pela sentença. Nada obstante essa antecipação dos honorários visasse a motivar o perito, entendíamos que qualquer imposição aos litigantes, neste sentido, era arbitrária — para não dizer ilegal, ensejando, com isso, a impetração de mandado de segurança. Assim afirmávamos porque, a nosso ver, o art. 462, § 4º do CPC, era manifestamente incompatível com o processo do trabalho, no qual vigorava, e ainda vigora, o princípio da gratuidade — embora parcial — do procedimento.

O fato de o empregado estar, em alguns casos, recebendo o benefício da justiça gratuita [...], não invalidava o nosso argumento; seria de indagar-se: e quando ele não estivesse sendo beneficiário dessa justiça gratuita deveria antecipar os honorários periciais, mesmo

³⁵ Vide ARR/TST n. 18500-26.1998.5.02.0254, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 12/08/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21-8-2015.

³⁶ Ressalva-se o posicionamento do TST, segundo o qual, nas lides que não se referem à relação de emprego, é autorizada a exigência de depósito prévio dos honorários periciais (art. 6º, parágrafo único, da IN 27/05 do TST).

³⁷“MANDADO DE SEGURANÇA. CABÍVEL PARA ATACAR EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito.”

que parcialmente, sabendo-se que talvez nem tivesse condições financeiras para fazê-lo? Não eram todos, afinal, que conseguiam ser favorecidos pela gratuidade judicial. o cotidiano forense nos vinha demonstrando, a mancheias, que a determinação do juiz para que o empregado realizasse o depósito para tal fim estava causado a este enormes transtornos, fazendo, inclusive, com que o despacho acabasse sendo desatendido e, em consequência, a realização da perícia fosse retardada em meses; quando não, o empregado chegava a desistir da produção dessa prova; ou — o que era mais grave — esta acabava sendo indeferida pelo magistrado.

Exigir-se essa antecipação somente do empregador-réu seria consagrar-se um tratamento de desigualdade que repulsa ao senso comum e fere o caput do art. 5º, da Constituição Federal. [...]

Todos esses nossos argumentos são mantidos em face do § 4º do art. 652 do CPC atual. Norma que, reiteremos, reputamos ser incompatível com o processo do trabalho.

Feitas as considerações necessárias acerca das principais despesas processuais incidentes no curso da ação judicial trabalhista, passa-se a abordar o regramento da gratuidade no processo do trabalho e sua repercussão nos encargos antes mencionados, tendo-se por parâmetro a estrutura jurídica atual (anterior à reforma trabalhista), a fim de que, em tópico posterior, possa-se fazer o ideal cotejo com o novo cenário jurídico que passará a vigorar a partir de novembro do corrente ano.

137

2.4 A Gratuidade no Processo do Trabalho e o Novo CPC

Já dizia Luigi De Litala (*apud* GIGLIO & CORREA, 2007, p. 76) que é o processo que deve adaptar-se à lide, e não esta àquele. A frase ganha relevo sobretudo se contextualizada no âmbito juslaboral.

Schiavi, 2015, p. 117, afirma que, “assim como o Direito do Trabalho visa à proteção do trabalhador e à melhoria de sua condição social (art. 7º, *caput*, da CF), o Direito Processual do Trabalho tem sua razão de existência em propiciar o acesso dos trabalhadores à Justiça, tendo em vista garantir os valores sociais do trabalho, a composição justa do conflito trabalhista, bem como resguardar a dignidade da pessoa humana do trabalhador”.

Aderimos à posição do citado autor, notadamente porque, em boa

medida, litigam na Justiça do Trabalho trabalhadores (ou desempregados) de poucas condições financeiras, razão por que o processo do trabalho deve ser moldado no sentido de facilitar, ao revés de dificultar, o seu acesso. Não por outro motivo a doutrina construiu, em anos de evolução teórica, um alicerce principiológico que dá sustentação à desburocratização procedimental, a exemplo dos princípios da informalidade, da conciliação, da celeridade, da simplicidade e da oralidade³⁸.

E, para fazer frente a essa assimetria entre os litigantes, bem assim possibilitar o pleno acesso à justiça, a legislação previu hipóteses de gratuidade, a saber: concessão da justiça gratuita (art. 790, § 3º, da CLT) e assistência judiciária gratuita³⁹ (art. 14 da Lei nº 5.584/70), todos com o fito de garantir ao sujeito economicamente carente⁴⁰ o ingresso ao Judiciário, em harmonia com o art. 5º, inc. LXXIV, da CF.

Não se trata apenas de mera facilitação de acesso ao Judiciário. Vamos além. Significa franquear a esperança de se buscar o Judiciário para clamar por verbas trabalhistas fundamentais, as quais representam o núcleo essencial para se conferir uma vida digna a qualquer pessoa, máxime porque que são revestidas de natureza eminentemente alimentar⁴¹.

O art. 790, § 3º, da CLT faculta ao juiz do Trabalho ou ao Tribunal

³⁸ Como adverte Jorge Luiz Souto Maior (*apud* SCHIAVI, 2015, p. 382), [a meta não é fazer uma Justiça do pobre, mas uma justiça a que todos tenham acesso, inclusive o pobre”].

³⁹ Considerando que a reforma trabalhista teve como foco a reformulação dos efeitos da justiça gratuita, deixaremos de abordar amiúde o instituto da assistência judiciária regulada pela Lei n. 5.584/70, já que alheio ao escopo do presente artigo.

⁴⁰ “Para a concessão dos benefícios da assistência judiciária, não é necessário que a pessoa esteja em péssimas condições econômicas, como se fosse totalmente desprovida de qualquer recurso econômico. Vale dizer, necessitado não é sinônimo de pessoa que não tenha recursos, e sim de quem passará por dificuldades econômicas no seu sustento ou de seus familiares, se vier a demandar em juízo assumindo todas as despesas processuais.” (JORGE NETO & CAVALCANTE, 2015, p. 468)

⁴¹ Como já foi destacado neste artigo, o CNJ divulgou relatório, de 2016, sobre os pedidos na Justiça do Trabalho, dos quais as rescisórias ocuparam a primeira posição nos assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho, correspondendo a 49,47% dos pedidos, seguidos de outros pleitos que também configuram o patamar civilizatório mínimo do trabalhador (expressão usada por Maurício Godinho Delgado para expressar as verbas de caráter essencial ao ser humano).

a concessão à parte da gratuidade da justiça, ou seja, a isenção das despesas processuais⁴². Como requisito impõe a percepção de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou, ainda, a declaração que está o jurisdicionado sem condições de pagar as custas sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Trata-se, sem dúvida, de avanço importante para fazer valer o pleno e igualitário acesso à justiça, como abordado até aqui.

Certamente, o patamar fixado pelo dispositivo celetista trata apenas de limite presuntivo, já que, mesmo que o trabalhador receba salário superior ao fixado na lei (dois salários mínimos), ainda assim é possível deferir-lhe o benefício da gratuidade, uma vez que o objetivo da lei é evitar que os encargos do processo sejam um obstáculo ao acesso à justiça.

Dado o grau de importância da gratuidade, o TST se inclinou pela possibilidade de se formular o pedido do benefício da justiça gratuita, com a devida comprovação da insuficiência financeira, em qualquer fase do processo (OJ nº 269 da SDI-I do TST⁴³). A conclusão é coerente, uma vez que é possível que no curso do processo a parte experimente uma decadência econômica, a ensejar a necessidade do benefício da gratuidade.

O CPC de 2015 introduziu no ordenamento uma série de regras a respeito do assunto (arts. 95 e seguintes). Assinala-se que, a nosso ver, e ressalvadas exceções pontuais, grande parte das regras relacionadas no CPC sobre gratuidade são de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, tendo em vista sua compatibilidade com os princípios que o regem (*ex vi* art. 769 da CLT c/c art. 15 do CPC).

⁴² Discute-se a aplicabilidade do instituto da justiça gratuita ao empregador (geralmente reclamado nas demandas trabalhistas). Apesar de certa cizânia sobre a temática, tem prevalecido na jurisprudência a conclusão de que o empregador pessoa física, se comprovada a condição de hipossuficiência financeira. Entendemos que a gratuidade disposta na CF (art. 5º, inc. LXXIV) se dirige a todos indistintamente (trabalhador e tomador dos serviços), de modo que os empregadores podem se valer do benefício. Fazemos a ressalva, entretanto, de que paira sobre o trabalhador, por óbvio, a presunção de hipossuficiência, sobretudo quando cotejado seu nível salarial, o que não ocorre com o empregador, detentor do capital, devendo este comprovar satisfatoriamente sua bancarrota financeira.

⁴³ “JUSTIÇA GRATUITA. REQUERIMENTO DE ISENÇÃO DE DESPESAS PROCESSUAIS. MOMENTO OPORTUNO. I – O benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso; [...]”

De início, o art. 98, *caput*, do CPC chancela a possibilidade de ser concedido à pessoa jurídica o benefício da gratuidade, desde que satisfatoriamente demonstrada a insuficiência financeira, infensa à presunção (art. 99, § 3º, do CPC c/c art. 769 da CLT). Alinhando-se à posição adotada pela legislação processual civil⁴⁴ e pelo STJ⁴⁵, o TST editou a recente Súmula nº 463⁴⁶ sobre o assunto, assentando a tese de que, à pessoa natural, basta mera declaração, ao passo que, à pessoa jurídica, necessária a demonstração da hipossuficiência econômica.

Em seguida, o CPC (art. 98, § 1º) arrola quais as despesas compreendidas pela gratuidade da justiça, de aplicação supletiva ao processo do trabalho, *v.g.*, despesas com publicação na imprensa oficial (inc. III), despesas com realização de exames (inc. V), honorários advocatícios e periciais (inc. VI), custos com a elaboração de memória de cálculo (VII), depósitos previstos em lei (inc. VIII). Quanto a esses últimos (“depósitos previstos em lei”), cabe a ressalva de que a jurisprudência do TST se consolidou⁴⁷ no sentido de que o benefício da assistência judiciária gratuita,

⁴⁴ Inclusive no tocante à necessidade de procuração com poderes específicos para autorizar que a declaração de hipossuficiência econômica pelo procurador (art. 105 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho)

⁴⁵ Súmula 481 do STJ: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. (sic)

⁴⁶ “ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO. I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.”

⁴⁷ Apesar do entendimento predominante se inclinar pela impossibilidade de extensão da gratuidade ao depósito recursal, não podemos deixar de citar recente precedente do TST em sentido inverso, o que merece aprofundamento em estudo próprio. Ao que interessa a este artigo, atemo-nos à transcrição da ementa paradigmática: “[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. [...] RECURSO DE REVISTA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. DESERÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO DEPÓSITO RECURSAL. ARTIGO 98, § 1º, VIII, DO CPC/2015. 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à possibilidade de concessão da justiça gratuita à pessoa jurídica, desde que comprovada a insuficiência econômica, hipótese dos autos. 2. No tocante à extensão do benefício, o inciso VIII do § 1º do artigo 98 do CPC/2015 é expresso ao assegurar que a gratuidade da justiça compreende

assim como o da gratuidade da justiça, não alcança o depósito recursal, que não se qualifica como despesa processual, e sim como garantia do juízo⁴⁸.

Antes do próprio CPC de 2015, o TST já afastava teses de que, havendo condenação pecuniária em benefício ao beneficiário da gratuidade, deveria lhe ser atribuída a responsabilidade pelas despesas processuais. Neste caminho, editou-se a Súmula nº 457 do TST⁴⁹, de modo a reafirmar que, à luz dos princípios constitucionais do amplo acesso à Justiça, da assistência jurídica integral e gratuita e da efetividade do processo, deve-se atribuir à União o ônus pelo pagamento dos honorários periciais, quando a parte sucumbente for beneficiária da justiça gratuita, conforme inteligência do art. 790, § 3º, da CLT.

Apesar de alguma resistência, a Súmula nº 457 do TST merece apoio. Isso porque não se deve supor que a simples vitória do beneficiário

“os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”, sendo esse preceito perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, por força do comando inserto no art. 769 da CLT c/c o art. 15 do CPC/2015, tendo em vista a inexistência de disciplina específica acerca da concessão da assistência judiciária gratuita e sua extensão na Norma Consolidada. 3. A norma em referência não faz nenhuma ressalva ou distinção no tocante à natureza jurídica do depósito previsto em lei para interposição de recurso, de modo que não há como afastar a abrangência da gratuidade de justiça ao depósito recursal fixado no artigo 899, § 1º, da CLT, ainda que possua natureza jurídica de garantia do juízo. Inteligência do aforismo jurídico *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*. 4. Acresça-se que a ilação ora exposta tem o escopo precípua de assegurar o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, em homenagem à garantia constitucional inserta no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna. 5. Nesse contexto, na linha da sistemática processual contemporânea e do ordenamento jurídico constitucional, a gratuidade de justiça deve compreender a isenção do recolhimento do depósito recursal. Recurso de revista conhecido e provido.” (BRASIL, 2017)

⁴⁸ Dentro todos, cita-se: AIRR - 1005-89.2016.5.13.0008, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 28/06/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/07/2017.

⁴⁹ “HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.”

da gratuidade, por si só, libertou-o da carência financeira⁵⁰, pelo contrário. Somente graças ao acesso à Justiça do Trabalho conseguiu vindicar seus direitos trabalhistas de caráter alimentar, os quais, inclusive, revestem-se de máxima proteção constitucional e legal (*v.g.*, impenhorabilidade do art. 833, inc. IV, do CPC). Fosse a hipótese de seu proveito econômico ultrapassar os limites da normalidade, é bem possível que nem sequer fosse hipótese de lhe conceder os benefícios da gratuidade, o que demandará razoável e proporcional ponderação do Juiz do Trabalho no caso concreto (art. 765 da CLT).

Portanto, alinhamo-nos à tese de que, havendo a concessão da gratuidade ao trabalhador (segundo equânime ponderação do magistrado), não será, *prima facie*, eventual direito judicialmente reconhecido que o fará abandonar a condição de hipossuficiente, razão pela qual se propugna pela incidência da Súmula nº 457 do TST.

A questão, entretanto, não é pacífica.

142

Por outro lado, o CPC de 2015, ao revogar os arts. 3º, inc. V, e 12, da Lei nº 1.060/1950, bem como, ao prever o regramento previsto nos §§ 2º a 6º do art. 98 do CPC, instituiu novo cenário no âmbito da gratuidade da justiça, de potencial aplicação ao processo do trabalho (sem olvidar as novas regras introduzidas pela reforma trabalhista, abordadas posteriormente), pondo em cheque, inclusive, a súmula supracitada.

Instalou-se posicionamento de que a gratuidade não isentaria o beneficiário da isenção das despesas, uma vez que o CPC previu exatamente o inverso no § 2º do art. 98, ficando, entretanto, suspensa a exigibilidade do seu pagamento durante cinco anos contados do trânsito em julgado, lapso no qual poderá o credor comprovar a cessação da hipossuficiência do devedor. A jurisprudência oscila a respeito da suspensão das despesas processuais: de

⁵⁰ Ilustra-se a situação hipotética de um trabalhador que percebe até dois salários mínimos (situação condizente com a infeliz realidade brasileira) e que, pelo fato de ter se acidentado no trabalho, recebe uma indenização a título de danos morais e estéticos, em valor considerável, dada a circunstância das lesões permanentes. Seria equânime suprimir da indenização deste trabalhador parte dos valores para arcar com despesas processuais, posto ainda permanecer hipossuficiente? Novamente reafirmamos de que o fato de receber uma quantia a título de direito reconhecido não o faz, *de per se*, ser economicamente abastado.

um lado, posicionamento favorável⁵¹; de outro, posicionamento contrário⁵².

Até a implementação das regras relativas à reforma trabalhista, entendemos que, no tocante aos honorários periciais, não há cogitar a aplicação do CPC, uma vez que a CLT (arts. 790, § 3º, e 790-B) disciplina a matéria, sem dar espaços a ilações para além da lei. O texto celetista é inequívoco ao estipular que a responsabilidade pelo pagamento do *expert* é da parte sucumbente, salvo se beneficiário da justiça gratuita, ou seja, sendo beneficiário da gratuidade, não há responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais (Súmula nº 457 do TST). Não obstante, no concernente às custas e honorários advocatícios, dada à ausência de regramento celetista, somada à revogação dos arts. 3º, inc. V, e 12, da Lei nº 1.060/1950 (base legal para interpretação do art. 790, § 3º, do CLT), é possível defender-se a tese⁵³ de aplicação subsidiária do CPC (art. 98, §§ 2º a 6º).

Por fim, é prudente abordar a gratuidade da justiça sob o contexto de eventual constatação de litigância de má-fé. Havendo conduta temerária do demandante, seria adequada a revogação do beneplácito concedido em razão da sua condição financeira?

143

Ab initio, cumpre assinalar que a gratuidade da justiça, como defendido nesta breve articulação, serve à viabilização do pleno acesso à justiça, a fim de que a reinvidicação dos direitos também seja possível ao cidadão carente. De modo algum a gratuidade deve ser utilizada para subsidiar odiosas aventuras jurídicas, despidas de fundamento jurídico, a assoberbar, ainda mais, o Judiciário. Condutas dessa natureza caracterizam desserviço à já combalida celeridade processual, o que deve ser repellido veementemente de todas as formas legais.

⁵¹ Vide RO/TST n. 955-40.2012.5.09.0000, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 25/04/2017, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017.

⁵² Vide RO/TST n. 359-18.2015.5.21.0000, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 30/05/2017, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017.

⁵³ Não constatamos, *prima facie*, inconstitucionalidade, já que a gratuidade da justiça não pressupõe irresponsabilidade irrestrita, mas apenas tratamento desigual a viabilizar o pleno acesso à Justiça, de modo que a gratuidade é assegurada enquanto perdurar a condição de hipossuficiência, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF

Aventou-se, inicialmente, a tese de incompatibilidade entre a litigância de má-fé e o benefício da gratuidade da justiça, já que o Estado não deveria tutelar a litigância ao arrepio da lei, sob pena de se beneficiar o malfetor. No entanto, prevaleceu na jurisprudência o entendimento pelo qual não há incompatibilidade entre os institutos, de modo que eventual comportamento desleal não elide a hipossuficiência financeira que justificou a concessão do benefício da justiça gratuita⁵⁴.

Diante do panorama buscado acerca da gratuidade da justiça no processo do trabalho, da qual decorre, em grande medida, a facilitação da busca dos direitos trabalhistas fundamentais à existência digna do trabalhador (e do desempregado, sobretudo), cabe-nos, agora, tratar do tema à luz da reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/17, sem pretender, obviamente, esgotar a temática, função atribuída à doutrina e à jurisprudência.

3 REFORMA TRABALHISTA: RELEITURA DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

3.1 Introdução

Sob a justificativa de modernização das relações de trabalho, a Lei nº 13.467/17, cuja vigência está marcada para novembro de 2017, modifica substancialmente o direito processual do trabalho. Dentre todas as alterações introduzidos, atemo-nos, por respeito aos limites desta articulação, à imposição de restrições quanto ao alcance da gratuidade da justiça.

Indaga-se: qual o real motivo da remodelação do instituto?

Encontram-se todos os tipos de argumentos, que vão desde a moralização da litigância à obstrução do acesso à Justiça do Trabalho. Para que se consiga encontrar o verdadeiro fundamento da modificação ora em estudo, a fim de viabilizar uma adequada análise jurídica a respeito do assunto, cumpre verificar os argumentos expostos no Parecer do Projeto de Lei nº 6.787/16, que culminou na Lei nº 13.467/17.

⁵⁴ Vide RR/TST n. 2227600-05.2009.5.09.0028, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 21/06/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30-06-2017.

Segundo o Congresso, o porquê da modificação da gratuidade da justiça no processo do trabalho reside no fato de que “um dos problemas relacionados ao excesso de demandas na Justiça do Trabalho é a falta de onerosidade para se ingressar com uma ação, com a ausência da sucumbência e o grande número de pedidos de justiça gratuita. Essa litigância sem risco acaba por estimular o ajuizamento de ação trabalhista” (fundamentos do art. 790 da CLT)⁵⁵.

Parte-se do pressuposto de que é bom litigar em juízo e que a gratuidade favorece esse “entretenimento”. Com o devido respeito, a justificativa parte de pressuposto equivocado, porquanto atribui, em grande medida, à justiça gratuita a razão do alto número de demandas judiciais, ignorando-se relatório do CNJ (já abordado neste texto) no sentido de que a grande parte das verbas pleiteadas se restringem a rescisórias.

Excessos, obviamente, devem ser coibidos pela Justiça do Trabalho, sobretudo se verificado o intento de locupletamento ilícito, daí por que o próprio ordenamento processual prevê mecanismos de contenção⁵⁶, de inegável aplicação supletiva ao processo do trabalho.

Com relação aos honorários advocatícios e periciais, novamente o Parecer da Câmara dos Deputados objetiva obstar os pedidos de perícia e verbas trabalhistas. Colhe-se:

Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente.

Cabe ressaltar que o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação, uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador. Assim, a modificação sugerida não desampará o trabalhador cuja reclamação esteja fundamentada.

⁵⁵ Parecer do Relator retirado sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>

⁵⁶ “CPC. Art. 81. “De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou”.

[...]

A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutivo de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias.

Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho. (fundamentos dos arts. 790-B e 791-A da CLT)⁵⁷

O parecer, se nos afigura, parte da premissa de que o Direito se traduz em ciência exata, donde já se poderia saber, de antemão, se o pedido possui, ou não, fundamento jurídico. Ignora que há vários fatores que fazem com que um pleito seja indeferido, ora porque se travam discussões hermenêuticas acerca da sua juridicidade, ora porque o postulando está destituído dos meios probatórios à demonstração do seu direito.

146

Em verdade, o parecer da Câmara dos Deputados pretende punir o sucumbente, pela pressuposição de que sua atuação, pela mera sucumbência, foi temerária e desarrazoada, o que nos parece um claro equívoco. Com a vênua pela repetição, cumpre-nos reforçar: os excessos, devidamente ponderados pelo magistrado (art. 765 da CLT), devem ser repelidos com as penalidades legais já existentes.

Mas o parecer vai além:

Além disso, o estabelecimento do sistema de sucumbência coaduna-se com o princípio da boa-fé processual e tira o processo do trabalho da sua ultrapassada posição administrativista, para aproximá-lo dos demais ramos processuais, onde vigora a teoria clássica da causalidade, segundo a qual quem é sucumbente deu causa ao processo indevidamente e deve arcar com os custos de tal conduta.⁵⁸

⁵⁷ Parecer do Relator retirado sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>

⁵⁸ Parecer do Relator retirado sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>

Verificar-se-á, a seguir, que o processo do trabalho não foi aproximado dos demais ramos processuais. Ao revés, distanciou-se, mais ainda, ao prever que gratuidade da justiça praticamente perde sua razão de ser, uma vez que a teoria da causalidade, na qual se atribui a responsabilidade pelos custos do processo ao sucumbente, suplantou-a de modo praticamente definitivo.

Apesar da crítica a uma suposta “posição administrativista” da Justiça do Trabalho, se é que tal característica existe, é certo que este ramo do Judiciário possui, com razão, uma estrutura de modo a facilitar seu acesso, porquanto trata de verbas eminentemente alimentares, bem assim cuida de atender, em sua maioria, trabalhadores carentes⁵⁹. Daí justificar-se os princípios da simplicidade, da celeridade e da efetividade, próprios do processo do trabalho e que lhe dão contornos diferenciados, conforme o contexto a que está inserido. *Mutatis mutandis*, é o mesmo que ocorre com as questões relativas ao consumo, ou seja, embasadas no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, quanto à modificação do regramento das custas para a propositura de uma segunda demanda (após o “arquivamento” da primeira, em razão do não comparecimento à audiência), o parecer arrebatou seus fundamentos no sentido de desestimular a litigância descompromissada⁶⁰.

Do que foi exposto, é possível verificar sob quais premissas teóricas se firmam a inovação legislativa e qual seu propósito no cenário jurídico. Resta-nos, agora, buscar entender essa reforma processual e cotejá-la aos ditames constitucionais que devem nortear o intérprete do direito.

⁵⁹ Há quem proclame “Justiça dos sem-trabalho” ou “Justiça dos desempregados”. (BOMFIM, 2011)

⁶⁰ “O tratamento dado ao tema pela CLT incentiva o descaso da parte reclamante com o processo, sabedora de que poderá ajuizar a ação mesmo se arquivada em mais duas oportunidades. Esse descaso, contudo, gera ônus para o Estado, que movimenta a estrutura do Judiciário para a realização dos atos próprios do processo, gera custos para a outra parte que comparece à audiência na data marcada, e caracteriza um claro tratamento não isonômico entre as partes. [...] para desestimular a litigância descompromissada, a ausência do reclamante não elidirá o pagamento das custas processuais, se não for comprovado motivo legalmente justificado para essa ausência. E mais, nova reclamação somente poderá ser ajuizada mediante a comprovação de pagamento das custas da ação anterior.” (fundamentos do art. 844 da CLT)

3.2 Requisitos para Concessão da Justiça Gratuita

Conforme nova redação do § 3º do art. 790 da CLT⁶¹, é modificado o limite remuneratório para a concessão do benefício justiça gratuita pelo juiz ou tribunal. Enquanto a redação anterior à reforma prevê(ia) que a gratuidade seria concedida à pessoa que percebesse até dois salários mínimos, o novo § 3º estipula que o beneplácito será concedido àquele que perceber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social⁶².

O limite estipulado no novo § 3º, contudo, não estabelece presunção absoluta de capacidade financeira⁶³. A introdução do § 4º ao art. 790 da CLT⁶⁴ é clara ao dispor que “o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.”

Aqui, todavia, são necessários alguns apontamentos.

A redação a ser revogada estipulava que a gratuidade era concedida a quem recebesse até dois salários mínimos ou declarassem, sob as penas da lei, hipossuficiência econômica. Neste particular, a jurisprudência evoluiu, fundamentada no art. 1º da Lei nº 7.115/83, no sentido de que a declaração firmada pela parte possui presunção de veracidade, podendo ser elidida por prova em contrário.

Contrariando a posição mencionada antes, a redação da reforma trabalhista (§ 4º do art. 790 da CLT) é firme quando registra a necessidade de a parte comprovar a insuficiência de recursos para as despesas processuais.

⁶¹ “CLT. Art. 790 [...] § 3º. É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

⁶² Considerando que o limite máximo do RGPS, atualmente, é de R\$ 5.531,31 (Portaria Interministerial MPS/MF 8/2017 - DOU de 16/01/2017, seção 1, p. 12), o limite para a gratuidade, pela nova redação do §3º do art. 790 da CLT, alcança R\$ 2.212,53.

⁶³ Da mesma forma o § 3º, *in fine*, do art. 790 da CLT, antes da redação.

⁶⁴ “Art. 790 [...] §4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.”

Apesar da lacuna, a interpretação literal do dispositivo é no sentido de que, à falta de comprovação, não haverá concessão da gratuidade, já que a nova legislação não autoriza o benefício pela mera declaração.

Portanto, pela leitura dos novos dispositivos, nossa primeira impressão é no sentido de que duas hipóteses se põem perante o magistrado, a quem é pleiteada a gratuidade: 1) havendo o recebimento, pela parte, de salário inferior ao limite de 40% do teto da previdência social, há a presunção relativa de hipossuficiência, razão pela qual poderá o juiz, a requerimento ou de ofício, conceder-lhe o benefício da justiça gratuita; 2) havendo o recebimento de salário superior a 40% do limite máximo da previdência social, apesar não haver presunção relativa de hipossuficiência, deverá o jurisdicionado demonstrar que sua condição econômica (ônus dele), dadas as várias circunstâncias do caso concreto, não lhe permite pagar os custos da demanda sem prejuízo próprio ou de sua família.

Apesar de tornar mais dificultosa a concessão da gratuidade ao não aceitar a mera declaração de hipossuficiência⁶⁵, não há, *prima facie*, inconstitucionalidade na reformulação da concessão da justiça gratuita, já que a legislação, observada a margem de atuação que lhe compete, ainda permite a demonstração da insuficiência de recursos a atrair a devida proteção estatal para o pleno acesso à justiça (art. 5º, inc. LXXIV, da CF).

3.3 A Nova “Gratuidade da Justiça” e as Despesas Processuais

Comprovada a insuficiência de recursos financeiros (seja porque o demandante recebe salário inferior a 40% do limite da previdência social, seja porque comprovou cabalmente sua condição de hipossuficiência financeiro), tem-se a concessão da gratuidade, nos moldes do art. 790, §§3º e 4º, da CLT c/c art. 7º, inc. LXXIV, da CF.

⁶⁵ “Trata-se de restrição mais intensa que a encontrada no CPC/2015, cujo art. 99, § 2º dispõe que o requerimento somente poderá ser indeferido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de seus pressupostos legais (ou seja, o ônus da prova milita a favor do requerente da gratuidade). Além disso, o § 3º do art. 99 ainda estabelece que se presume verdadeira a declaração de hipossuficiência deduzida por pessoa natural. Em princípio, a regra de presunção relativa do CPC/2015 parece mais equilibrada que a exigência de comprovação (sem qualquer presunção em favor do requerente de gratuidade), tal como proposto no PL em análise.” (ROQUE, 2017)

Questiona-se, entretanto: qual o efeito da concessão da gratuita, à luz da Lei nº 13.467/17?

O primeiro ponto de destaque são os honorários advocatícios.

Apesar de não suprimir o *jus postulandi*, a reforma trabalhista inaugura no processo do trabalho a dinâmica dos honorários sucumbenciais⁶⁶, inclusive nas demandas contra a Fazenda Pública ou nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato, fixados entre 5% e 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico ou, a depender do caso, sobre o valor atualizado da causa⁶⁷. Ademais, impõe ao magistrado, ao fixar os honorários, observar as circunstâncias do caso para adequar de forma equânime o percentual ao caso concreto.

As regras mencionadas estarão no futuro art. 791-A, *caput* e §§1º e 2º, da CLT.

Além disso, havendo acolhimento parcial dos pedidos, a fixação dos honorários será recíproca a ambos os procuradores, respeitado, obviamente, a extensão do êxito de cada um (art. 791-A, § 3º, da CLT *c/c* art. 86, *caput*, do CPC)⁶⁸. Apesar do silêncio, não nos parece incompatível com a processualística laboral a regra prevista no art. 86, parágrafo único, do CPC⁶⁹, tendo em vista sua consonância com as máximas da razoabilidade e

⁶⁶ “A Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita. Essa última, como se viu, abrange todas as despesas do processo. E se assim não for, para que a norma seja aplicada em consonância com a proteção que inspira a existência do processo do trabalho e com a própria linha argumentativa dos defensores da “reforma”, que insistem em dizer que não houve retirada de direitos, outras duas questões devem ser necessariamente observadas.” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017)

⁶⁷ Parece defensável, apesar da lacuna da Lei nº 13.467/17, a aplicação do disposto no art. 85, § 8º, do CPC, já que o juiz ou o Tribunal devem possuir certa liberdade na fixação dos honorários, a fim de os tornem equânimes ao contexto da demanda proposta.

⁶⁸ “Aqui talvez se esteja diante de uma das mais nefastas previsões da Lei nº 13.467/17, pois a sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho, ao menos nos moldes propostos, isto é, sem o reconhecimento da gratuidade como princípio do acesso à justiça e sem a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ou seja, impondo custos a quem não tem como pagar.” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017)

⁶⁹ “Art. 86. [...] Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.”

proporcionalidade.

Contudo, a sintonia entre a Lei nº 13.467/17 e o CPC param por aí.

O CPC, apesar de reconhecer que a gratuidade da justiça não afasta a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios (art. 98, § 2º, do CPC), afirma que, “vencido o beneficiário da justiça gratuita, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) 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” (art. 98, § 3º, do CPC). O raciocínio da legislação processual civil é coerente e coeso: considerando que a gratuidade da justiça compreende os honorários advocatícios (art. 98, § 1º, inc. VI, do CPC), espécie de encargo processual, torna-se adequado, ao menos enquanto permanecer a condição de hipossuficiente, ficar suspenso qualquer cobrança da verba sucumbencial.

151

Por outro lado, dispõe a Lei nº 13.467/17 a respeito da temática:

Art. 791-A. [...] § 4º. Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Nota-se que, havendo a fixação de honorários sucumbenciais em face do hipossuficiente beneficiário da gratuidade, a responsabilidade pelo pagamento do encargo apenas ficará suspensa por dois anos caso não tenha havido qualquer proveito econômico naquele, em outro, processo.

Ante o ineditismo da regra, vale ilustrar um caso hipotético:

1. Supõe-se que um trabalhador que receba, de salário, o valor de R\$1.000,00; possui família e compromissos com instituições financeiras, escola, energia, alimentação, etc., razão pela qual não há

necessidade de se fazer um esforço hercúleo para se concluir pela sua hipossuficiência.

2. Dispensado e não tendo recebido alguns valores a título de horas extraordinárias (cujo pleito alcança R\$8.000,00) e rescisórias (cujo pleito alcança R\$3.000,00), socorre-se da Justiça do Trabalho para pleitear suas verbas. Por conta da falta de provas, o trabalhador não consegue demonstrar a contento a prática de horas extras. De outro lado, seu pedido de rescisórias é acolhido.

3. Segunda a Lei nº 13.467/17: sucumbência recíproca e honorários divididos igualmente (v.g., 10% sobre o proveito, para cada). No caso do procurador do autor, terá direito a 10% sobre R\$3.000,00 (rescisórias). No caso da ré, terá direito a 10% sobre R\$8.000,00 (proveito econômico pela rejeição do pedido de horas extras). Vedada a compensação, terá o autor deduzidos, no caso hipotético, R\$800,00 dos R\$ 3.000,00 a receber.

Diante disso, passa-se a indagar.

O mero fato de ter o trabalhador logrado êxito no reconhecimento de verbas trabalhistas que lhe são devidas faz com que deixe de ser hipossuficiente? A resposta parece negativa. Mesmo mantendo-se a gratuidade, qual seria a consequência? Nenhuma, já que a reforma trabalhista não isenta o beneficiário do pagamento dos honorários sucumbenciais. Ao contrário, autoriza a integral dedução da verba sucumbencial das verbas trabalhistas reconhecidas.

O equívoco da nova legislação está na premissa de que o mero reconhecimento de verbas trabalhistas pressupõe condições de arcar com as despesas e encargos do processo (v.g., honorários advocatícios), o que nos parece inadequado⁷⁰.

⁷⁰ “O PL ainda explicita que o beneficiário de gratuidade de justiça que sucumbir não estará isento de pagar as despesas com a realização de perícia (inclusão do art. 790-B à CLT), nem dos honorários de sucumbência (inclusão do art. 791-A, § 4º). Essa regra, em princípio, lembra um pouco o art. 98, § 2º do CPC/2015, mas chama a atenção a previsão, no próprio PL, de que o beneficiário somente não será executado por tais parcelas se não tiver obtido em juízo crédito capazes de suportar tais valores, ainda que em outro processo, situação em que as despesas com prova pericial serão arcadas pela União e os honorários de advogado sucumbenciais não serão executados. Observa-se, portanto, que o legislador quis regular uma hipótese explícita de alteração da situação econômica do beneficiário de gratuidade de justiça que autoriza a execução imediata de verbas sucumbenciais. Ao que parece, o PL busca restringir o ajuizamento de reclamações trabalhistas temerárias por beneficiários de

Destaca-se a estranha idiosincrasia do “novo” processo do trabalho: estivesse o trabalhador, no exemplo apontado acima, litigando sob os trâmites do processo civil, certamente não teria qualquer desconto (a título de honorários) no recebimento das verbas judicialmente reconhecidas, uma vez que, mantida a gratuidade (dada a sua condição socioeconômica), seria suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial até que deixasse de ser hipossuficiente, respeitado o limite temporal de cinco anos.

Cabe-nos fazer uma ponderação: caso o trabalhador consiga, em sua demanda, um valor expressivo, não se trata, ainda, de aplicar a regra do futuro § 4º do art. 791-A da CLT, mas rever se ainda persistem os motivos para a manutenção da gratuidade da justiça, o que será feito com ponderação e equidade pelo magistrado da causa.

Parece-nos, portanto, que o fato de serem exigidos honorários sucumbenciais não se dá em razão do mero recebimento de valor pelo beneficiário da justiça gratuita, mas pela análise da permanência na condição de hipossuficiente a justificar a manutenção do benefício. Afirmar que determinado jurisdicionado é pobre, na acepção legal, e atribuir-lhe a gratuidade, mas, ao mesmo tempo, condenar-lhe ao pagamento dos encargos do processo, é fazer *tabula rasa* do instituto de patamar constitucional. Portanto, ante a possível lesão a preceito constitucional (art. 5º, incs. XXXV e LXXIV), temos sérias dúvidas a respeito da sua constitucionalidade.

Com relação aos honorários periciais, o raciocínio é semelhante.

A Lei nº 13.467/17 reformula o art. 790-B na CLT, alterando, em larga medida, o efeito da gratuidade na responsabilidade pelo pagamento dos honorários do *expert*. Enquanto o atual (até a reforma) art. 790-B estatui que “a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita”, o novel art. 790-B, *caput*, dispõe que “a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita”.

gratuidade de justiça. Trata-se de preocupação válida, mas talvez o ponto de equilíbrio ainda não tenha sido alcançado pelo PL, lembrando-se que verbas trabalhistas possuem caráter alimentar.” (ROQUE, 2017)

A mudança, sutil mas substancial, se dá na parte final do dispositivo, ao prever que a gratuidade da justiça passa a não mais ser oponível para liberação da responsabilidade pelos encargos do perito. Em tese, a nova redação vai ao encontro do art. 98, § 2º, do CPC, que é inequívoco ao estabelecer que a gratuidade não afasta a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais, das quais os honorários periciais são espécie.

Todavia, o CPC prevê que, tendo jus o sucumbente à gratuidade da justiça, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais poderá ser atribuída ao Estado⁷¹, uma vez que a obrigação do beneficiário da justiça gratuita deve ficar suspensa até que cesse a hipossuficiência econômica, respeitado o prazo limítrofe de cinco anos⁷².

Com a implementação da reforma trabalhista, o processo do trabalho será regulado por diferente regramento, conforme novel art. 790-B, § 4º, da CLT. Segundo este dispositivo⁷³, “somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

A regra assemelha-se à hipótese dos honorários advocatícios, uma vez que só haverá a liberação do encargo processual caso o beneficiário da justiça gratuita não tenha qualquer verba a receber. Aqui também se supõe, erroneamente, que o mero recebimento de verba trabalhista faz com

⁷¹ “CPC. Art. 95. [...] § 3º. Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser: I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado; II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.”

⁷² “CPC. Art. 95. [...] §4º. Na hipótese do § 3o, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, §2º.”

⁷³ De início, já se supõe a revisão da própria jurisprudência do TST a respeito do assunto, uma vez que a Súmula 457 do TST, já comentada nesta articulação, possui posição diametralmente contrária.

que o litigante saia da alçada de hipossuficiente e alcance nível superior de condição econômico⁷⁴.

É certo que a redação do § 4º do art. 790-B (honorários periciais) não é tão clara quanto à redação do § 4º do art. 791-A (honorários sucumbenciais), todos futuros dispositivos da CLT, o que daria subsídio a interpretar que, no tocante aos honorários periciais, somente quando o sucumbente (beneficiário da justiça gratuita) não houvesse obtido créditos o encargo passaria à União, como é a redação do novel dispositivo. Doutro lado, caso tenha havido algum proveito econômico, os encargos periciais seriam de sua responsabilidade, mas sua obrigação ficaria suspensa até que cessasse a hipossuficiência, respeitado o prazo de cinco anos (aplicação dos arts. 95, §§ 3º e 4º, e 98, § 3º, do CPC).

Reconhecemos que a elucubração anterior, apesar de justa e equânime, não condiz com o intuito do legislador, percebida pela leitura do parecer do projeto de lei que culminou na reforma trabalhista. Assim, ao menos em princípio, tem-se que a solução intentada pela Lei nº 13.467/17 é dar tratamento igualitário aos honorários periciais e sucumbenciais, razão pela qual, sendo o beneficiário da gratuidade sucumbente no objeto da perícia e tendo recebido algum proveito econômico em sua demanda trabalhista, o valor dos encargos seriam deduzidos.

Os honorários periciais são consideradas despesas processuais (encargos oriundo do próprio processo judicial), daí por que a gratuidade, tal qual prevista no art. 7º, inc. LXXIV, da CF, deveria abarcá-la.

Pecando pela repetição e reconhecendo a intenção de moralização do processo do trabalho nesse campo, reforça-se: o fato de ter havido reconhecimento judicial de verba trabalhista não resulta no enriquecimento do hipossuficiente.

⁷⁴ “Aliás, aqui há uma questão ainda mais grave. É que o crédito alimentar é insuscetível de renúncia, cessão, compensação ou penhora (art. 1.707 do Código Civil), cuja aplicação subsidiária a Lei nº 13.467 exorta o juiz a fazer (nova redação do art. 8º). O fato de que os créditos trabalhistas são alimentares está consolidado na redação do art. 100 da Constituição, em seu § 1º, segundo o qual tem natureza alimentícia os créditos “decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez”. Logo, não podem ser compensados.” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017)

Novamente, parte-se do pressuposto de que o pedido de pagamento de adicionais insalubridade ou periculosidade foi pleiteado pela má-fé ou que o postulante já possuía conhecimento de ser seu pedido destituído de fundamento, o que nos parece, no mínimo, inadequado. A perícia exige conhecimentos técnicos, alheios ao saber dos trabalhadores, advogados e juízes, daí por que não se pode reputar temerário o mero pedido de perícia, como supõe o parecer da reforma trabalhista.

Permanecem dúvidas quanto à constitucionalidade do dispositivo.

Por fim, com relação às custas, mesmo com a implementação da Lei nº 13.467/17, ainda haverá a isenção de seu recolhimento, antes ou depois, com exceção da hipótese prevista nos novéis §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT⁷⁵. Trata a hipótese de arquivamento do processo pela ausência injustificada do autor à audiência (*rectius*: extinção do feito sem resolução do mérito), o que lhe atribuiria a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais (art. 789 da CLT), ainda que beneficiário da justiça gratuita. E mais: eventual propositura de nova ação judicial terá como pressuposto o recolhimento das custas do processo arquivado.

Apesar de o novo § 2º do art. 844 da CLT permitir a justificativa à audiência, como meio de isenção do pagamento das custas, ainda assim é possível perceber o intuito de dificultar o acesso à Justiça do Trabalho.

Todas as mudanças propostas tentam, de modo deliberado, obstar o acesso à Justiça do Trabalho. Apesar de as despesas não serem exigidas no início do processo, o fato de saber que, ao fim da demanda, poderá ser compelida a pagar os encargos do processo (ainda que tendo jus à gratuidade), é um meio de intimidar o jurisdicionado (geralmente, trabalhador hipossuficiente) e esvaziar, cada vez mais, a Justiça do Trabalho.

⁷⁵ “Art. 844. [...] § 2º. Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. § 3º. O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.”

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova legislação tenta dar nova e esquisita roupagem à gratuidade da justiça, ao retirar-lhe seus efeitos básicos, qual seja, a de isenção dos encargos e despesas processuais, ainda que existente a condição de hipossuficiência.

A pretexto de moralizar a litigância na seara laboral, a reforma trabalhista pressupõe que o alto número de demandas trabalhistas são motivadas pelo acesso facilitado (sem qualquer encargo), daí por que, ao remodelar o instituto da gratuidade, faz “avanço” para além, inclusive, do que é concebido no processo civil.

Intenciona-se estabelecer uma “penalidade” ao sucumbente, sob a premissa de que, pela mera rejeição do pedido, sua conduta processual foi temerária e, por isso, deve ser responsabilizado pelos encargos do processo, independentemente de ser pobre na acepção legal.

Registra-se: não há compactuar, em hipótese alguma, com excessos e litigância de má-fé. Mas se reconhece que o ordenamento processual já traz subsídios para repelir condutas temerárias. A nosso ver, o problema está em tornar inútil a gratuidade da justiça pelo mero fato de (1) haver sucumbência e (2) proveito econômico em benefício do beneficiário. Desconsidera-se, por completo, a conclusão de que a gratuidade, por si só, deve abranger custas, honorários periciais e honorários advocatícios.

A pretexto de coibir a má utilização do processo trabalhista por alguns litigantes (“litigância descompromissada”, expressão usada no parecer da Câmara dos Deputados), a reforma trabalhista faz “nivelamento por baixo”, como se essa realidade fosse a regra. Ao tornar regra a responsabilização pelos encargos do processo, independentemente da gratuidade da justiça, a reforma torna mais dificultoso o acesso à Justiça do Trabalho, em inobservância à assistência jurídica aos mais pobres, como determina a CF.

Souto Maior e Severo (2017) sintetizam nossa preocupação:

A gratuidade da justiça é um dos conteúdos que, no projeto constitucional, se pretendeu integrar ao conceito de cidadania, e esta, como se sabe, não comporta subdivisões. A assistência judiciária tem

por função permitir que o direito fundamental do acesso à justiça seja exercido também por quem não tem condições financeiras de arcar com os custos do processo. Tornar a gratuidade da justiça menos garantista na Justiça do Trabalho, comparativamente ao que se verifica em outros ramos do Judiciário, equivale a tornar o trabalhador um cidadão de segunda classe.

Portanto, por todo o exposto, e por nos parecer que as restrições à gratuidade da justiça criam injustificados obstáculos econômicos de acesso à ordem jurídica justa, devem os futuros arts. 790-B e 791-A da CLT (introduzidos pela Lei nº 13.467/17) passar por um crivo de constitucionalidade apurado, de forma a compatibilizá-los aos ditames constitucionais vigentes (art. 5º, incs. XXXV e LXXIV), bem como em cotejo à forma como o próprio assunto é tratado no processo civil, a fim de que não haja odiosa diferenciação entre esses ramos da ciência processual.

REFERÊNCIAS

- ¹⁵⁸ ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5470**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 30 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 282-71.2016.5.06.0103**. Relator(a) Dora Maria da Costa. Brasília (DF), 2 de agosto de 2017. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- BOMFIM, Benedito Calheiros. Gênese do direito do trabalho e a criação da justiça do trabalho no Brasil. **Revista do TST**. Brasília, vol. 77, n. 2, 2011.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Trad. Ellen Grancie Northfleet.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.
- GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. rev., ampl., atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PONTES, Evandro Fernandes de. A assistência judiciária na mira do modelo garantista do processo. *In*: Garcia la Guardia, Jorge Mario *et. al.* **Acesso à justiça e cidadania**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2000.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. **A reforma trabalhista e o novo CPC: primeiras impressões**. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/a-reforma-trabalhista-e-o-novo-cpc-primeiras-impressoes-01052017>>. Acesso em: 13 ago 2017.
- SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho**. Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nº 0050016-63.2016.5.12.0025. Relator(a) Teresa Regina Cotosky. Florianópolis (SC), 26 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br>>. Acesso em: 13 ago 2017.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista**. 2017. Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaiior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista-ou-como-garantir-o-acesso-a-justica-diante-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 13 ago 2017.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: Lei n. 13.105, 16 de março de 2015**. São Paulo: LTr, 2015.

A GESTÃO EMOCIONAL COMO FATOR DE INTELIGÊNCIA PARA O COMBATE DA CRESCENTE LITIGIOSIDADE NO JUDICIÁRIO TRABALHISTA BRASILEIRO

Jerusa Mariane Testoni¹

Resumo: A psicologia, como ciência que estuda os processos mentais e o comportamento humano, associa-se ao direito, desenvolvendo modelos de raciocínios e linhas de persuasão para resolução de conflitos. Diante dessa perspectiva inovadora, o artigo apresenta a aplicação da teoria da gestão emocional como fator de inteligência para o combate da crescente litigiosidade no judiciário trabalhista. A gestão emocional referenda o código humano, por meio do aprimoramento de como adquirir controle e domínio dos sentimentos, a compreensão das potencialidades psíquicas e desarme das armadilhas mentais, em consonância com a interpretação das ações e relações sinérgicas. O domínio das emoções deve estar presente na profissão de qualquer operador do direito, principalmente o juiz-humano, frente ao princípio da imparcialidade e comunicação linguística, segundo a ordem de um processo que proclame a verdade, seja no conflito de âmbito individual ou coletivo. O equilíbrio da balança consolida dois pontos determinantes, designados pela norma (razão) e os sentimentos (emoção), revelando o resultado construído por uma gestão de liderança, que faz destacar o judiciário trabalhista brasileiro no cenário da justiça.

161

Palavras-chave: Gestão Emocional. Inteligência. Combate. Litigiosidade. Judiciário Trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

A justiça trabalhista, com o propósito de frear a crescente litigiosidade em suas demandas, inova ao propor a técnica de resolução de

¹ Graduada em Direito – FURB/SC. Especialista em Direito Material e Processual Civil-CESUSC-SC. Especialista em Direito Processual e do Trabalho – AMATRA12, com vínculo à UNIVALI-SC. Formação pela ESMESC/SC. Conteudista do Curso de Pós-Graduação Virtual Trabalhista da UNISUL/SC. jtestoni@hotmail.com

conflitos pelo estudo dos processos mentais e comportamentos humanos, segundo aspectos compartilhados entre as ciências da psicologia e do direito.

Interligando o código de direção processual para a pacificação de conflitos individuais e coletivos, está a teoria da gestão emocional, que submete ao aprimoramento do controle psíquico, de habilidades que dão sentido às experiências internas e designam uma linguagem comportamental das emoções.

Neste âmago, é notório que as linhas expressivas e de ações sinérgicas são constatadas por diferentes reações emocionais: tristeza, alegria, medo, dor, angústia, frieza, mentira, gratidão, entre outros sentimentos, dispostos na forma de como todo e qualquer ser humano possa agir, pensar, falar e sentir a realidade dos fatos.

Em contrapartida, o operador do direito deve buscar aprimorar a gestão emocional, quando investiga, defende ou mesmo analisa um caso concreto, ganhando proximidade com resultados satisfatórios, inclusive refletindo o senso de ter atitude, disciplina, integridade, honestidade e responsabilidade pelos pensamentos, palavras e atos que propaga.

Neste contexto, o juiz-humano protagoniza a representatividade estatal, o que o faz ter o dever de ser imparcial, reto e desapaixonado pela causa, necessitando adquirir o domínio completo das emoções pelo desbloqueio de novas linhas interpretativas, configurando uma mente arguta, empreendedora e flexível.

O compromisso ético de buscar a incessante verdade do litígio, na tentativa de sua pacificação e proclamação da justiça, como forma de bem realizar a prestação jurisdicional, determina a gerência das emoções como fator de inteligência, pronta para o combate da crescente litigiosidade trabalhista.

Assim, quando há uma discussão relativa a trabalho escravo, discriminação de gênero, assédio moral entre outros questionamentos, dentro da competência trabalhista, reproduzidas entre empregador, empregado e demais figuras desta área, salienta-se que muitas das respostas estão na forma de atingir os comandos psíquicos, como a real intenção e manifestação no momento.

Contemplar o uso da gestão emocional é considerar o poder de adentrar com muito mais profundidade na causa, sabendo inteligentemente como manter a imparcialidade na tomada das decisões, como desempenhar uma função administrativa sem tendências que possam comprometer direitos humanos e fundamentais e reavaliar comportamentos mentais.

A técnica de ponderar razão e emoção, em consonância com os princípios, jurisprudência, cultura, costumes e demais pontos que influenciam o ordenamento jurídico, é o que enaltece a construção de um resultado justo, de fundamental importância na concretização do melhor direito.

Nesta senda, o judiciário trabalhista ganha destaque pela liderança e inovação, afinal, aperfeiçoa a comunicação da verdade dos fatos, administrando o combate da crescente litigiosidade com respeito à dignidade e demais valores humanos, diante de princípios igualitários e segundo os ditames da justiça postos na balança.

Sob o viés desse enfoque é o tema proposto: “A gestão emocional como fator de inteligência para o combate da crescente litigiosidade no judiciário trabalhista brasileiro”.

163

A pesquisa, relevante e atual, de método indutivo e cunho bibliográfico, denota uma extensiva troca de informações entre conhecedores da área jurídica e da psicologia, determinante para a firmeza do conteúdo e elaboração teórica, com a concretização do objetivo prático.

2 LITIGIOSIDADE NO JUDICIÁRIO TRABALHISTA

O acesso à justiça trabalhista faz-se pela garantia a uma ordem justa e ética, representada pela via judicial e seus métodos de pacificação de conflitos, com o intuito de concretizar direitos e solucionar as demandas entre empregado, empregador e demais figuras desta competência.

Em contrapeso, seu principal instrumento, o processo, estabelece a configuração permanente de novas ações, refletindo a tendência de aumento crescente no judiciário, por discussões e motivos de relevância e outros simples, que poderiam ser facilmente administrados sem adentrar na esfera judicial, além do tempo escasso e da importância de se manter a

imparcialidade na tomada de toda e qualquer decisão.

Neste enfoque, destaca-se o juiz, com o papel de representante do Estado, sob o título de assegurar o resultado de forma ponderada, sem qualquer interesse na causa, a fim de que não obtenha favores para qualquer das partes, mas, sim, que garanta a busca da verdade, a dignidade humana e a efetivação do direito em sentença.

No contexto de homem-juiz, visualiza-se:

Não se pode exagerar em pedir do homem-juiz que seja mais que homem. Mas, se pode pedir do juiz que seja homem em sua plenitude, encarnando o ideal necessário da virtude e da prudência. Pode-se mesmo pedir engajamento e consciência social do juiz, porque responde por função social de alta notoriedade pública; um juiz acastelado em seu universo não está aberto para as necessidades sociais que o rodeiam, e corre o risco de converter sua atividade de julgar em mero ofício técnico. Pede-se consciência do magistrado na medida em que é ele a última palavra acerca da lei, devendo, portanto, prestar a atividade jurisdicional como sendo o último recurso de que dispõe o cidadão na defesa de seus direitos e garantias, no combate à arbitrariedade, à deslealdade, à inadimplência, ao desvio de poder, enfim, à ilegalidade e à inconstitucionalidade. O compromisso e o atrelamento do juiz com a causa da justiça social faz com que se devam formular imperativos por meio dos quais se ilustrem os comportamentos indesejados do magistrado pela sociedade. Entende-se que não basta ao juiz simplesmente julgar, ou o que é pior, manejar mecanicamente a lei, subsumindo os casos concretos à sua literalidade, atualmente, não há mais lugar para arcaísmos, mentalidades retrógradas ou modelos de julgadores desarticulados das necessidades sociais. O que se pode e o que se deve pedir do juiz é que, no exercício profissional, saiba discernir adequadamente os valores entre si. (BITTAR, 2002, p.511)

Neste âmago, a justiça do trabalho com seus intérpretes avaliam como chegar ao resultado satisfatório, administrando, conforme Mauricio Godinho Delgado, toda a cultura humana, todo o conhecimento, os diversos tipos e graus de saber, desde os níveis menos sistematizados, como folclore e senso comum, até os níveis mais sofisticados de saber, como filosofia e ciência, sendo que o conhecimento científico impõe regras mais rígidas, objetivas, assegurando um resultado interpretativo mais próximo da efetiva substância e fenômeno enfocado (DELGADO, 2017, p.237).

A psicologia é normalmente designada a oferecer soluções no âmbito laboral:

A psicologia, como ciência que estuda os processos mentais (sentimentos, pensamentos, razão) e o comportamento humano, é normalmente evocada a oferecer soluções no âmbito laboral. Há, inclusive, uma ramificação específica, intitulada psicologia do trabalho, que se incumbem de estudar os eventos decorrentes dos liames de trabalho e suas consequências dentro e fora do serviço. Note-se que o trabalho permanece exercendo considerável influência sobre a formação das identidades individuais. Afinal, é nele que o indivíduo afirma suas competências e realiza seus projetos de vida e sonhos. São recorrentes na seara da psicologia do trabalho temas que envolvem seleção, integração, interação e motivação de pessoas, controle de assédios (moral e sexual) e saúde mental do trabalhador. (MARTINEZ, 2016, p.105)

É por este caminho que a ciência da psicologia ganha destaque como estudo compartilhado ao direito, valorizando a “sociedade que respeita os princípios e normas dessas duas disciplinas, considerando que a subjetividade está diretamente embutida nas questões legais” (ZIMERMANN; COLTRO, 2002, p.474).

165

Aliar psicologia e direito é integrar uma moldura iluminada, de liderança, com novas perspectivas e posicionamentos comportamentais, idealizando e fazendo por acontecer um comprometimento global com os direitos fundamentais e humanos trabalhistas, colocados em prática, diante de um olhar que projete a nossa justiça trabalhista brasileira no cenário internacional.

Para tanto, explica Valerio Mazzuoli, que a tarefa de implementar os direitos humanos, por meio da educação é dever de todos, do Estado e da sociedade, devendo haver a conjugação de esforços para construir uma ‘cultura de direitos humanos’, assimilando os princípios éticos em plenitude e a reconstrução da cidadania para as gerações presentes e futuras (MAZZUOLI, 2016, p.242).

Assim, é possível descrever uma visão ampla do judiciário trabalhista brasileiro, que condicione o combate à crescente litigiosidade de forma inteligente e que valorize seus direitos.

A proposta elucida parte do entendimento da aplicação da gestão

emocional, segundo a dinâmica de frear o progresso de litígios, e é como fator de inteligência que a gestão dos sentimentos surge como ponto de estudo para a busca da verdade, do justo, da melhor postura frente ao caso concreto colocado em discussão.

O suporte, para a apresentação das primeiras linhas de como alcançar este resultado, segue pelo aprimoramento das áreas de conflitos, a seguir expostos.

2.1 Áreas de conflitos

Considera-se como tema investigativo as áreas de conflitos, delimitadas como originadoras das causas de eventuais litígios no âmbito trabalhista, determinadoras de embates que tendem a aumentar as demandas, como é o caso de propor uma ação ou defesa por vingança, raiva, medo, pressão e outros propósitos.

166 Ainda, quando se suprime direitos e deveres, ou mesmo no ato de observar, de interpretar, de agir como operador sem saber utilizar os meios adequados para o equilíbrio da balança.

E como conseguir ponderar as áreas conflituosas, listadas entre razão e emoção, ou seja, normas de direito e os sentimentos?

Primeiramente, faz-se uma correlação com a apresentação de um conjunto de elementos que sustentam a ordem normativa, como as leis, jurisprudências, os princípios, a moral, os bons costumes, a analogia, a equidade e toda uma ordem que integra a consciência de justiça.

Em concomitância, pela certeza de estar a par do conhecimento normativo, instala-se a busca pela verdade, imparcialidade e controle.

O Estado-supressa a justiça pelas próprias mãos daquele que se diz vítima de ameaça ou ofensa a seu direito a todos promete o remédio da prestação jurisdicional, isto é, direito de defender em juízo o que é seu, o que lhe pertence [...] salvo casos excepcionais, só aos juízes compete dirimir as dissidências, os conflitos. (MILHOMENS; ALVES, 1994, p.4)

O código de direção processual detecta a área trabalhista como distribuidora do comando de resolução de conflitos individuais e coletivos, segundo parâmetros que denotam as lides nas relações negociais e suas

prestações resistidas:

O Direito do Trabalho, como é marcado por grande eletrividade social, uma vez que está por demais arraigado na vida das pessoas e sofre de forma direta os impactos das mudanças sociais e da economia, é um local fértil para eclosão dos mais variados conflitos de interesse. Os conflitos trabalhistas podem eclodir tanto na esfera individual como na esfera coletiva. Na esfera individual, há o chamado conflito entre patrão e empregado, individualmente considerados, ou entre prestador e tomador de serviços, tendo por objeto o descumprimento de uma norma positivada, seja pela lei ou pelo contrato. Já o conflito coletivo trabalhista, também denominado conflito de grupo ou de categorias, tem por objeto não somente o descumprimento de normas positivadas já existentes (conflito jurídico ou de natureza declaratória), mas também a criação de novas normas de regulamentação da relação de trabalho (conflitos de natureza econômica). (SCHIAVI, 2017, p.36)

Como complemento, viabiliza-se a composição de formas distintas de solução de conflitos, redigidas por Élisson Miessa (2017), como: autotutela, autocomposição e heterocomposição. A autotutela era admitida em épocas antigas, com o uso das próprias forças e imposição da vontade sobre a outra pessoa que estivesse em conflito. Nos dias atuais, apenas há o exercício do direito de greve, como exceção, enquanto a autocomposição é a forma mais civilizada de solucionar conflitos, dita pela resolução do conflito sem decisão de um terceiro, mas pelas próprias partes, como é a Comissão de Conciliação Prévia. Já a heterocomposição é a forma de solução de conflito por meio de terceira pessoa, que decide de modo obrigatório, podendo ser investida pelas partes, resultando na arbitragem, quando escolhem um terceiro imparcial para solucionar o litígio ou pela lei, que é a jurisdição, a qual confere ao juiz o poder-dever de solucionar os conflitos de interesses com definitividade. Ainda, apresenta-se a conciliação e mediação, conferindo novos métodos de solução consensual de conflitos, por estímulo de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Cabe trazer em discussão os litígios correspondentes no campo judicial, como aspecto de delimitar a área de conflito, porém, com o respaldo de que a solução encontrada pode ser desempenhada em todas as formas distintas de conflitos antes designadas, inclusive no dia a dia como ser humano, por conflitos pessoais.

E que estratégia é esta que promete ser a combatente da crescente litigiosidade no âmbito trabalhista?

Esta estratégia é a gerência das emoções, capitulado em sequência.

2.2 Combate à crescente litigiosidade

Uma das maiores preocupações na esfera trabalhista é encontrar um resultado satisfatório para combater a crescente litigiosidade no judiciário, como caminho a ser percorrido pelos juristas, na dinâmica de corresponder a solução dentro dos conceitos legais e éticos.

A psicologia vem ao encontro do direito, aliando emoção e razão, de maneira centrada e imparcial, segundo os ditames psicológicos da gerência dos comandos internos, que fundamentam uma linguagem de conduta equilibrada e inteligente.

A gerência emocional é, segundo Augusto Cury, na sua obra *Gestão da Emoção* (2015), a habilidade de desarmar as armadilhas mentais para a construção de relações sociais saudáveis, com técnicas de uso do pensamento antes da atitude, de ter controle e não reagir ao fenômeno da ação, como reação e no complexo de saber verificar os próprios erros, ansiedade e desempenho, por meio do aprimoramento do cérebro e seu funcionamento, por exemplo, identificando o mau uso e o gasto desnecessário das energias, como no estresse.

Neste contexto, a sensibilidade sinérgica de compreender o comportamento, as relações, os instintos psicológicos, fornece ao interlocutor a percepção das imagens e o que elas querem desmistificar, por meio das emoções como estrutura do pensamento dos indivíduos:

O efeito da emoção sobre o pensamento e a linguagem é inquestionável; uma testemunha emocionalmente afetada não encontra a melhor forma de se expressar e acaba transmitindo uma impressão ruim para o juiz. Conteúdos emocionais alteram a interpretação dos fatos, modificam a codificação. (FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2013, p.121)

Combinar a gestão das emoções ao direito é incrementar o combate à crescente litigiosidade no judiciário trabalhista brasileiro de forma eficaz e sábia, por meio de um modelo aprovado e que deve ser aperfeiçoado em cada

caso concreto, pois é por meio do entendimento do domínio emocional que o intérprete visualiza a solução do conflito de maneira mais clara e precisa.

Somos psicólogos-cientistas sociais que estudam as capacidades e os recursos da mente- suas inteligências, seus motivos, suas necessidades e seus valores. Todos os seres humanos tentam compreender o que acontece ao seu redor, dar sentido às suas experiências. Todos os seres humanos também têm a capacidade de estruturar as experiências de determinada maneira- compreendê-las de uma maneira que ou motive ou paralise a ação. E, de forma crucial, todos os seres humanos são capazes de escolher entre diversas ações (GARDNER, 2004, p.27)

A análise do aumento dos litígios trabalhistas e o projeto de solução para o crescimento desenfreado das demandas, parte para o encontro da teoria da gestão emocional, considerada fator de inteligência no âmbito jurídico e inovadora para a justiça trabalhista, principalmente nas sentenças do juiz e, aos demais operadores e partes, na compreensão dos domínios emocionais interligados com a norma legal.

3 A TEORIA DA GESTÃO EMOCIONAL

O direito delinea o aperfeiçoamento com outras ciências, como a psicologia, com o objetivo central de resolução de litígios, frente ao propósito de fazer justiça, agir com ética e inteligência no comando das ações.

A psicologia apresenta estudo compartilhado com a teoria da gestão emocional, desenvolvida como método científico de ponderação dos sentimentos e domínio interno-psíquico, voltando-se para o combate da crescente litigiosidade no Judiciário Trabalhista.

No contexto, a adaptação da gestão psíquica é conduta jurídica para o alcance de um semblante linguístico que incorpora o aprendizado intelectual, a fim de promover a investigação da verdade, assim como ocorre no exemplo de um trabalhador que atesta sofrimento, caracterizador do típico caso de *Burnout*, mas não apresenta provas suficientes nos autos.

Neste estudo, aplica-se a teoria na competência trabalhista, sob a compreensão de como os operadores do direito, principalmente o juiz, podem diagnosticar casos, empregar técnicas comportamentais e, ainda,

administrar com imparcialidade e liderança, empregando seu próprio conhecimento mental.

Conforme Écio Madeira Nogueira:

O novo gestor, além da competência técnica (conhecimento e atualização), competência gerencial (saber empregar as técnicas de planejar, organizar e controlar) e competência comportamental (eficácia organizacional e facilidade com as relações interpessoais no trabalho); precisa também estar à frente do tempo, tanto no aspecto de que o que se faz hoje já é passado e o resultado de amanhã deve ser melhor do que o de hoje, quanto no aspecto estar prevendo tudo o que possa vir a dar errado, utilizando as experiências do passado e plugado no futuro. (CURY, 2003, p.15)

No elo demonstrativo da referida importância desta teoria para o campo jurídico, descreve-se um trecho do idealizador da gestão emocional no Brasil, o autor Augusto Cury:

Em todas as atividades humanas, a gestão é fundamental; sem uma gestão adequada, uma empresa vai à falência, uma família entra em decadência, uma pessoa entra em crise. Se no mundo exterior isso é válido, muito mais deveria ser na mente humana. Mas onde se discute que devemos ser gestores psíquicos? Onde se comenta que sem dar um choque de gestão em nossos pensamentos e emoções podemos ser vítimas e não diretores do script da peça intelectual? (MANDELLI, 2008, p.77)

Consoante explana Pedro Mandelli, quem é legalista consigo e com os outros ou quem interpreta a lei ao pé da letra e julga com rigidez os comportamentos, acaba não tendo flexibilidade ou sensibilidade. Nesse caso, o sujeito desconsidera as circunstâncias, o ambiente, o estado emocional e a intenção do agente, como em uma convivência relacionada com máquinas, sem elo pensante (MANDELLI, 2001, p.87).

Portanto, o operador do direito, no exemplo do promotor, quando investiga um caso, como o trabalho escravo, muito visualizado ainda em terras brasileiras, no ato de criar o fundamento da Ação Civil Pública, bem como o Juiz, quando profere suas decisões e, até mesmo, demais servidores, quando comprometidos no processo, utilizam as emoções, devendo, porém, os membros que devem agir com imparcialidade, aprimorar o comando linguístico da gestão emocional com muito mais propriedade do que as demais pessoas.

Salutar descrever, segundo entendimento de Augusto Cury, que, para tudo na vida, o ser humano deve ter um código do eu ativo, visto que desenvolve a arte de pensar, a saúde psíquica, bem como uma mente arguta, empreendedora, aberta, flexível, que vê por vários ângulos e dá respostas inteligentes em situações tensas (CURY, 2008, p.76).

Neste âmago, as potencialidades psíquicas servem como arte de bem entender os fenômenos interiores e exteriores, reproduzidas pelo senso de persuasão, percepção e observação, com o “direcionamento das luzes de seus refletores ao aspecto social e o trabalho para implementação de um modelo autogestionário, lastreado na inteligência” (FARIA, 2000, p.2).

Em consonância com o aprendizado da gestão emocional, passa-se ao comprometimento e sua importância na solução dos litígios.

3.1 A importância da gestão emocional na solução dos litígios

A apresentação da gestão emocional serve como desbloqueio dos sentimentos, com aprimoramento da personalidade e alcance de uma nova linha interpretativa, capaz de ponderar razão e emoção no direito, com o estímulo de solução para litigiosidades trabalhistas.

171

No combate dos crescentes conflitos que prosperam entre as relações de trabalho, há a necessidade de visualizar além do simples papel do processo, no ato de captar o que o litígio retrata, suas verdades e mentiras, criando-se uma dinâmica de controle emocional inteligente.

Eu vejo diante de mim um homem; ele também faz a realidade da minha visão; ele também faz a realidade de meu pensamento; ele também faz a realidade da minha percepção. Ele não está ausente, neutro, fora: o ponto ótico e determinado por mim, porém a realidade externa é igual ao preceptor. (MENEGETTI, 1993, p.8)

O juiz é o membro que se destaca na arte de precisar ter coerência, convicção e segurança processual, principalmente porque, no âmbito do julgamento, ele não é uma máquina, mas um humano que sente, possui reações, pensa e tem uma carga enorme pela sua “atitude mental positiva, disciplina, integridade, honestidade, responsabilidade com seus pensamentos, por suas palavras, seus atos” (GONÇALVES, 2001, p.127).

A gestão emocional denota evolução, como compreensão dos

próprios seres, na perspectiva de se manterem inteligentes nos acontecimentos da vida, por meio de um modelo de gerência, que permite raciocinar, perceber, ter destreza mental e lucidez, com o foco de que “uma visão da natureza humana que ignore o poder das emoções é lamentavelmente míope” (GOLEMAN, 2001, p.18).

Assim, a gestão e as emoções caminham interligadas na arte de decidir:

As emoções são conjuntos complicados de respostas químicas e neurais que formam um padrão; todas as emoções desempenham um papel regulador que conduz, de uma forma ou de outra, à criação de circunstâncias vantajosas para o organismo que manifesta o fenômeno; as emoções dizem respeito à vida de um organismo, mais precisamente ao seu corpo; a finalidade das emoções é ajudar o organismo a manter a vida. Não obstante o facto da aprendizagem e a cultura alterarem a expressão das emoções e revestirem-nas de novos significados, as emoções são processos biologicamente determinados, dependentes de dispositivos cerebrais estabelecidos de forma inata e sedimentados por uma longa história evolucionária. (DAMÁSIO, 2000, p.72)

A capacidade de controlar impulsos, de desenvolver um preparo do corpo quando no agir, de reconhecer o que se sente, tudo o que influencia interiormente, deve estar em equilíbrio com o raciocinar, captando na teoria da gestão emocional a forma de alcançar a tão desejada ponderação das emoções, a fim de que se instaure verdadeiramente uma imparcialidade na concretização dos resultados dos conflitos trabalhistas.

Revela-se esta teoria em “fazer intencionalmente com que suas emoções trabalhem em seu benefício, usando-as para ajudar-se a orientar seu comportamento e seu raciocínio de maneira a obter melhores resultados” (WEISINGER, 2001, p.23).

É pela busca dos melhores resultados que o propósito de empregar a gerência das emoções, sob o enfoque de promover a diminuição da litigiosidade no judiciário trabalhista brasileiro tornou-se de extrema importância, devendo os juristas desenvolver estas habilidades emocionais, em consonância com o equilíbrio e equidistância necessária em relação às partes, ao assunto, ao momento, frente todas as influências que coadunam sensações interiores despertadas no humano, principalmente no homem-

juiz-julgador.

O autor Daniel Goleman, 2001, explana que a raiva, o medo, a felicidade, o amor, a surpresa, a tristeza, a repugnância e tantas outras linhas expressivas sentimentais, são tendências biológicas da espécie. Acrescenta que a aceleração do coração, a expressão facial, bem como a corporal, as energias impulsionadas e demais reflexos, exteriorizam os sentimentos.

E é por esta linha interpretativa que a comunicação processual ganha relevância e comprometimento com uma solução adequada, verdadeira e íntegra, em conjunto com o direito:

Nosso corpo se comunica conosco e com as outras pessoas para nos indicar do que necessitamos; Quanto mais eficiente for a comunicação, melhor nos sentiremos; As emoções nos ajudam a estabelecer nossos limites; Têm o potencial de nos combinar e nos conectar; Podem nos servir de bússola interna moral e ética; São essenciais para a tomada de boas decisões. (DANN, 2005, p.27)

A expansão da teoria das emoções promove “aprender e praticar as técnicas e aptidões que a compõem, entre elas a autoconsciência, o controle emocional e a motivação” (WEISINGER, 2001, p.23).

O elemento psicológico, seja ele consciente ou não, acaba por interferir na atividade decisória, influenciando para melhor ou pior a conclusão a que chegue o juiz, tornando-se imperioso ao julgador estar sempre atento para impedir que influxos próprios a sua personalidade ou mesmo de seu ideário e que não tenham a ver com a missão que lhe cabe, possam influenciar em sua forma de agir, seja para mais ou para menos. Assim e da mesma forma que se não pode admitir caso em que, conforme o folclore judiciário, um juiz que se envolvera, sem culpa sua, em acidente de trânsito, teria passado a sistematicamente condenar todos aqueles que fossem denunciados como responsáveis por acidentes de veículos, de igual forma não se poderá permitir julgamentos em que o coração do juiz tenha mais influência do que a razão, pois se a bondade é elemento que não possa ser excluído da decisão que tome, de igual forma deverá pesar o quanto dela poderá interferir nisso [...] para que não se corra o risco de decisões proferidas de maneira arbitrária. (ZIMERMANN; COLTRO, 2002, p.40)

Verificamos, continuamente, na seara trabalhista, inúmeros casos em que a solução está no diagnóstico das emoções, tanto pelo lado de entender como aperfeiçoar a técnica de domínio, quanto pelo operador

estar integrado com a leitura do comportamento alheio, como acontece nos casos de depressão, sobrecarga de trabalho, assédios, ameaças, dentre tantos outros aspectos.

Ao se deparar com o *dumping* social, como exemplo que mexe com direitos e emoções, segundo Henrique Correia, além da deterioração do contrato individual de trabalho em benefício do lucro do empregador com sacrifício das obrigações e encargos sociais tutelares do trabalho, ainda se verificam agressões reincidentes e inescusáveis que ferem diretamente os direitos sociais dos trabalhadores e a dignidade da pessoa humana (CORREIA, 2017, p.1003).

Exemplo citado pela Vólia Bomfim Cassar é o psicoterrorismo ou assédio moral, que reflete um terror psicológico vedado, oculto, despercebido pela vítima quando praticado, com a prática de atos sucessivos que baixam a autoestima do trabalhador de tal forma que ele próprio acredita na sua baixa competência ou fracasso. Pode ser caracterizado pelos atos de estabelecer metas impossíveis de serem cumpridas, a determinação de muitas tarefas em pouco espaço de tempo, incentivar a prática de prestigiar aquele que denuncia a dedura do colega, isolar o empregado, etc. (CASSAR, 2015, p.908).

Outro exemplo citado por Fiorelli e Malhadas Júnior, é a situação típica que antecede os depoimentos nas Varas do Trabalho, quando as partes se defrontam em corredores, salas e debatem a respeito das orientações, avisos, treinamentos apressados de como agir e o que dizer em frente ao juiz (FIORELLI; MALHADAS JÚNIOR, 2003, p.37).

Devem ser afastados os aspectos negativos e valores que prejudgam o caso, para, assim, lidar com as diferentes sensações de maneira harmônica, segundo o princípio da imparcialidade, sempre com o comando linguístico e integração com os aspectos históricos, costumes, princípios e demais parâmetros que embasam o sistema normativo de maneira equilibrada.

A gestão da emoção referenda sua importância como fator de inteligência, como sinergia, destacando-se por modelo de combate às crescentes litigiosidades.

Segundo Stephen R. Covey, na obra Liderança Baseada em

Princípios (1994), fica evidente que a transmissão das emoções de forma ponderada viabiliza pessoas baseadas em princípios, catalizadoras de mudanças, que trabalham de forma árdua e inteligente. Em esforços de equipe fazem uso da força conjunta, procurando completar suas fraquezas por meio da força dos outros. A alegação de poderes para a obtenção de resultados lhes é fácil, por não estarem ameaçadas pelo fato de outros serem melhores em outros aspectos, afinal, quando negociam e se comunicam, aprendem a separar as pessoas dos problemas, tomando parte de um processo criativo de solução de problemas. Em conjunto, portanto, chegam a soluções sinérgicas, geralmente superiores a qualquer das propostas originais.

Em via de consequência, analisa-se o estudo de como condicionar a imparcialidade com razão e emoção.

3.2 Como condicionar a imparcialidade com razão e emoção

Com o passar dos anos, mudou-se a concepção de que somente prosperava a lei, assim sendo a razão na arte de julgar, tomando conta a beleza de interpretar em conjunto com o domínio das emoções:

Na dança entre sentimento e pensamento, a faculdade emocional guia nossas decisões a cada momento, trabalhando de mãos dadas com a mente racional e capacitando ou incapacitando o próprio pensamento. Do mesmo modo, o cérebro pensante desempenha uma função de administrador de nossas emoções a não ser naqueles momentos em que elas lhe escapam ao controle e o cérebro emocional corre solto. Num certo sentido, temos dois cérebros, duas mentes e dois tipos diferentes de inteligência: racional e emocional. Nosso desempenho na vida é determinado pelas duas não é apenas o QI, mas a inteligência emocional também conta. Na verdade, o intelecto não pode dar o melhor de si sem a inteligência emocional. Em geral, a complementaridade de sistema límbico e neocórtex, amígdala e lobos pré-frontais significa que cada um é parceiro integral na vida mental. Quando esses parceiros interagem bem, a inteligência emocional aumenta e também a capacidade intelectual [...] O antigo paradigma defendia um ideal de razão livre do peso da emoção. O novo paradigma nos exorta a harmonizar cabeça e coração. Fazer isso bem em nossas vidas implica precisarmos primeiro entender com mais exatidão o que significa usar inteligentemente a emoção. (GOLEMAN, 2001, p.42)

Neste âmago, não se pode mais ser escravo da lei, pois a conjuntura

de uma interpretação inteligente se faz com a lei, princípios, observação do meio e, fundamentalmente, com gestão emocional.

Surge um novo juiz e “esse novo Magistrado vou chamá-lo de juiz racional-emocional” (ZIMERMANN; COLTRO, 2002, p. 48).

Surgem novos intérpretes do direito, que somam suas habilidades para melhor condicionar a verdade no processo e encontrar um resultado satisfatório aos litígios judiciais trabalhistas.

Faz-se um exame detalhado do caso concreto, usando a teoria para descobrir e controlar inteligentemente as emoções, não se mantendo apenas subordinado à lei, ao escrito do legislador, mas a todo campo motivador de decisões justas, éticas e firmes.

No contexto informativo, emoção e razão precisam estar condicionadas com a imparcialidade, como ideia de mandamento nuclear, como premissas e verdades de um sistema, agindo por ser princípio de direito: “ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas [...] núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais [...] começam por ser a base de normas jurídicas” (SILVA, 2002, p. 92).

De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite, o princípio da imparcialidade não se confunde com neutralidade, sendo que:

O juiz, embora agente público com responsabilidades complexas, é um ser humano como outro qualquer. Logo, não se pode ignorar que ele tenha a sua própria ‘visão de mundo’, com as suas próprias preferências políticas, filosóficas e ideológicas. Afinal, o homem é um animal político, já dizia Aristóteles. Todavia, ao desempenhar a função jurisdicional, o juiz deverá agir com imparcialidade, isto é, sem tendências que possam macular o devido processo legal e favorecer uma parte em detrimento da outra no que tange ao direito fundamental de acesso à justiça. (LEITE, 2015, p.78)

Com a presença da imparcialidade assegurada como princípio, precisa-se, conforme Augusto Cury, dar aplicabilidade à gestão da mente:

O eu precisa decifrar um importantíssimo código: o código de ser gestor de psique. Um eu passivo, alienado, frágil, que não assume seu papel de líder da psique, perpetua suas mazelas e misérias, preserva suas fobias, inseguranças, humor depressivo, impulsividade. Um eu gestor que aprende pouco a pouco a administrar a construção de pensamentos e emoções e reeditar zonas de conflito, expande suas

habilidades, desenvolve sua inteligência emocional, sua inteligência interpessoal (como trabalhar com as pessoas, como motivá-las e, principalmente, como relacionar-se bem com os outros) sua inteligência intrapessoal (autocompreensão, autoconhecimento). (CURY, 2008, p.75)

Por via da gestão dos sentimentos, em equilíbrio com a razão, dita pelas normas-regras, chega-se ao ponto central do processo, que é encontrar a verdade de forma imparcial, ou seja, reta, justa e desapaixonada.

O questionamento de Benjamin Cardozo, um dos mais notáveis juízes norte-americanos, citado por David Zimerman e Antônio Carlos Mathias Coltro, transporta exatamente algumas destas dúvidas que precisam ser superadas no momento de julgar os conflitos:

Que faço, eu, quando decido uma causa? A que fontes de informação recorro como guia? Em que proporção permito contribuam para o resultado? Em que proporção deveriam contribuir? Se um precedente judiciário é aplicável, em que circunstâncias recuso-me a segui-lo? Se nenhum precedente judiciário é aplicável, de que modo alcanço a regra que se tornará um precedente para o futuro? Se estou procurando uma ligação lógica, a simetria da estrutura legal, até onde estenderei minhas investigações? Em que ponto será detida a pesquisa por algum costume discrepante, por alguma consideração do bem-estar social, pelos meus próprios ou pelos Standards comuns de justiça e de ética? (ZIMERMANN; COLTRO, 2002, p.35)

177

Por esta tarefa de julgar, “O juiz, como é sabido, é humano, não podendo assim alcançar o ápice da perfeição. Mas é interessante que procure não errar, mas acertar sempre que possível” (AMORIM, 1989, p.18).

O juiz é “homem da ética, da moral, o homem da sociedade, o homem da família, o homem que tem responsabilidades perante si próprio, perante a sociedade” (GONÇALVES, 2001, p.24).

A sentença do juiz é aquela que deve empregar um resultado satisfatório, que reflita a presença do Estado, visando uma justiça divulgada, afinal “a justiça [...] visa ao futuro. E é neste que devem concentrar-se o espírito e o coração do juiz” (LYRA, 1982, p.16).

Segundo Carlin, conforme ensinava Sócrates, não é só o juiz que deve escutar com cortesia, responder com sapiência, estudar com afinco e dividir com imparcialidade, mas todos devem questionar e controlar os seus

conhecimentos sociais, visto que o ser é produto de sua experiência social, educação e contatos com aqueles e com aquelas que dividem seu mundo, refletindo em virtudes humanas como: paciência, coragem, integridade, tato, humildade, espírito de decisão e bom senso (CARLIN, 1997, p.89).

Cada “exercício do poder decisório encerra atividade de inteligência, de vontade, de sentimento” (MIRANDA, 1993, p.238).

E é pela análise deste poder que o fator de inteligência passa a ser observado.

3.3 Fator de inteligência

A ação de resolver conflitos é o posicionamento de solucionar o caso em concreto, ao fato que, quando aplicada de forma inteligente, permite desenvolver interações com o “eu”, no modo de agir, sentir, perceber as consequências.

O fato de governar a vida com aprendizagem emocional e gerência permite alcançar pensamentos e valores que estejam em harmonia com a experiência subjetiva, a fim de administrar um domínio sobre os efeitos motivadores e comportamentais do cérebro.

Significa chegar aos conjuntos de respostas de evolução, que prepara a mente para o controle dos impulsos, de aptidões e decisões, com a intenção de que as emoções trabalhem em benefício próprio, como orientação e raciocínio a obter melhores resultados.

A gestão emocional, como fator de inteligência, determina aprender as habilidades práticas da percepção e empatia, bem como aptidão natural para os relacionamentos, além da firmeza de resolver os conflitos internos e externos, afinal “decisão é o importante papel que o sentimento desempenha na navegação pela interminável corrente das decisões da vida” (GOLEMAN, 2001, p.66).

Gerenciar os sentimentos com o ordenamento jurídico influi em criar métodos de atingir a excelência profissional, como intérprete da razão e emoção:

Na atualidade nenhum profissional da área jurídica contesta que a eficácia de sua formação e desempenho prático depende não

unicamente da integração de seus conhecimentos teóricos, aliados a uma sólida cultura humanística em geral e a um continuado exercício de experiências no seu campo de trabalho, como também ela está intimamente conectada com um bom conhecimento e manejo dos aspectos emocionais, que permeiam todos os seus inter-relacionamentos, consigo próprio e com os demais, em todas as suas cotidianas vivências profissionais. (ZIMERMAN; COLTRO, 2002, p.87)

Portanto, a aplicação da teoria da gestão emocional, seu condicionamento com o princípio da imparcialidade e interpretação das áreas de conflitos determina a importância para o combate da crescente litigiosidade no judiciário trabalhista, como fator de inteligência.

E o que a justiça trabalhista pode esperar com esta aplicação conjunta de psicologia e direito?

É o que será desvendado no tópico seguinte.

4 OPERADORES DO DIREITO

Aplicar o direito significa ir além do conhecimento técnico-jurídico, atingir a completude de uma balança da justiça que configure total equilíbrio, sem desmerecimento de lados, com respaldo aos princípios fundamentais e humanos que embasam a cultura, a moral e a ética jurídica.

A sentença, como ato de decidir do juiz, compromete-se com o mundo da lei, da ideologia, dos fenômenos e demais fatores que envolvem a hermenêutica do direito, envolta pelo princípio da imparcialidade, como causa primária de ponderação entre razão, representada pela lei, e sentimentos, analisados no processo de emoção.

Utilizar a psicologia na área jurídica constitui paradigma de inteligência para os operadores do direito, em especial o juiz, no ato de sentenciar, em que o processo subjetivo do ser humano de decidir subordina-se a fatores psicológicos, como nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

O psicologismo jurídico contemporâneo dá maior liberdade na interpretação dos textos legais e uma crescente renúncia à superstição literalista de só encontrar o sentido da lei por processos unicamente lógico-formais voltados para regras inflexíveis de hermenêutica. Entre as questões abordadas pela psicologia judiciária e, de certo modo,

por uma corrente da filosofia jurídica, o realismo jurídico, está a do Juiz e a Emoção na qual se procura saber se ao proferir uma decisão o que é mais importante, a razão ou a emoção, ou se ambas caminham juntas, como nos parece. (NASCIMENTO, 2011, p.507)

Não é deixar de aplicar a lei, mas, sim, corresponder com a fundamentação legalista em conjunto com o aprimoramento emocional, como interpretação, integração e aprimoramento de um todo, que revela a técnica atual e relevante de se obter a solução dos litígios com liderança e controle e, ainda, com poder de direção processual para a certeza e a justiça.

Os operadores do direito possuem o dever de seguir com retidão e proclamar o direito, ganhando ênfase em meio a tantos profissionais quando valoriza com excelência o papel conquistado na área, principalmente no âmbito trabalhista, seja como advogado, servidor, outro funcionário, promotor e, com respaldo, o juiz, que necessita decidir a causa sem impedimentos ou suspeições.

Para tanto, conseguem estabelecer uma compreensão diversificada quando estudam e aperfeiçoam fórmulas que sintetizam transmissões engajadas com a realidade, com o que as partes, como empregado, empregador, sindicatos ou demais figuras designam em seus pedidos, posturas e palavras, na grande maioria das vezes, deixando transparecer.

Essa transparência repercutida em emoções, faz culminar a construção para um resultado justo, desmistificando os problemas e freando as demandas em qualquer ponto e área de conflito, pois é pela gerência das emoções que o jurista vai se destacar.

4.1 Construção de um resultado justo

Construir um resultado justo é garantir a função jurisdicional do Estado, em sintonia com a capacidade de administrar os pontos que interligam as respostas, transmitindo a igualdade, dignidade e sabedoria no ato de compreender e julgar os direitos de cada um.

As pessoas têm muitas características em comum, mas ao mesmo tempo são magnificadamente diferentes. Elas pensam de um modo diferente; elas possuem valores, motivações e objetivos diferentes e, às vezes, competitivos. Os conflitos surgem naturalmente dessas diferenças. A abordagem competitiva da sociedade para resolver os

conflitos e as diferenças tende a se concentrar em ‘ganhar mais que você puder’. (COVEY, 2007, p.16)

Responsabilizar-se pela concretização de um resultado justo é ser jurista comprometido com a ciência do direito, com a transcendência e reflexo de conflitos solucionados com moral, ética, equilíbrio, perspicácia e raciocínio.

A imagem dos operadores da lei é colocada em prova, segundo o brilhantismo profissional que devem esculpir, com relevância para a figura do juiz e suas atribuições de decidir com equidistância, independência, imparcialidade.

Houve, na história, quem atribuisse ao juiz uma ‘função divina’, em virtude de sua atividade de dizer o certo e o errado, o justo e o injusto, de punir e absolver, enfim, de julgar seres humanos. Advém desta concepção não só a noção de juiz imparcial-não partidário de algum dos litigantes- mas também do juiz neutro, acima de tudo e de todos, isento de imperfeições humanas, de posicionamentos político- ideológicos, de problemas particulares, etc. Esta noção, contudo, apesar de ainda arraigada na sociedade, encontra-se hoje totalmente afastada pela doutrina. O juiz é um cidadão como outro qualquer, porém tendo como atribuição o exercício de um poder Estatal, o de dirimir litígios. Não há como tentar separar o juiz-órgão jurisdicional do juiz-cidadão. [...] O juiz ‘humano’ é suscetível, sim, de problemas de toda a ordem. Não é uma máquina, um autônomo [...] tem emoções, sentimentos, vivências adquiridas, alegrias e tristezas, angústias e glórias, e não se liberta delas, ao entrar numa sala de audiências ou no seu gabinete. (MONDARDO; FAGÜNDEZ, 2002, p.113)

Delineando esta narrativa, conjuga-se a aplicação da teoria da gestão emocional, como implementação na área trabalhista de uma técnica própria, natural, desenvolvida para trazer uma roupagem diversificada na arte de reconhecer e adquirir no processo a solução de excelência.

Excelência, segundo Tarcisio Afonso, constitui um dos segredos para se chegar ao triunfo. Para isso, é importante lapidar a própria personalidade que se reflete nos comportamentos das pessoas, porque é por meio dela que somos percebidos pelos outros. Há a necessidade de buscar a personalidade de excelência, não só porque ela é nosso cartão de visita, mas, principalmente, porque a qualidade da personalidade afeta profundamente

a interação com o mundo e com o interior (AFONSO, 1995, p.83).

Interagir com o mundo e o interior pelo senso de observação e conhecimento do direito e psicologia, das normas e gestão das emoções, remonta proferir uma justiça limpa, visível, sem farsas.

É distribuir para os litigantes a satisfação e percepção da justiça, ligada aos valores de cada indivíduo:

A percepção de justiça motiva aqueles indivíduos que emprestam grande valor a esse princípio, acreditando profundamente na importância de sua prática em todos os momentos [...] Juízes e advogados encontram, no conflito de valores, a explicação para o nascimento de muitas causas, em que um dos oponentes se move para demonstrar a validade de um princípio considerado, por ele, inegociável. Mesmo quando a interpretação dada pelo indivíduo mostra-se fragrantemente incorreta [...] requer paciência e a habilidade. O caminho para isso passa pela identificação das características de personalidade do indivíduo, de sua estrutura, forma de pensamento e linguagem adequada para atingi-lo. [...] A percepção de justiça encontra-se, pois, diretamente ligada aos valores de cada indivíduo. (PEASE & PEASE, 2003, p. 258)

Portanto, o caminho centraliza a gestão emocional como fator de inteligência para o combate da crescente litigiosidade no judiciário, a fim de proporcionar a pacificação social dos litígios em conformidade com a segurança do direito, como justiça de uma área trabalhista em destaque.

4.2 O judiciário trabalhista brasileiro em destaque

A incansável procura pela justiça, como construção de um resultado satisfatório, protagoniza o combate ao aumento dos litígios no âmbito trabalhista, desmistificando na área de conflito judicial, o aprimoramento da técnica de ponderar razão e emoção.

O ponto simbólico do equilíbrio na balança da justiça é, sem dúvida, a representatividade dos direitos humanos e fundamentais trabalhistas, assegurados e positivados como comprometimento de garantir a busca incansável da verdade dos fatos, a fim de conscientizar a fundamentação da melhor decisão.

O equilíbrio dos pratos parece trazer à justiça seu sentido nuclear. A balança, porém, não apenas mostra o equilíbrio, mas é também um

instrumento apto, tecnicamente, para alcançá-lo. Ou seja, faz parte do sentido nuclear da justiça o procedimento de sopesar os atos e as compensações, portanto, o processo de dar e receber. A balança traz para a justiça o ritual da retribuição conforme o modelo horizontal. Implica, assim, a palavra, a discussão, a negociação. (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p.218)

A posição de um judiciário trabalhista brasileiro em destaque configura-se pela adaptação da gestão das emoções, como forma de ponderar a balança dos justos, interpretando e aplicando o domínio dos sentimentos, como linguagem dos conflitos.

Exercita-se a solução pelo controle emocional, sob o comando da interpretação da raiva, ódio, felicidade, medo, angústia, dúvidas, vingança, e tantas outras formas de transmissão e postura neurolinguística.

Neste enfoque, o ato de condicionar os elementos varia de acordo com os propósitos elencados nos litígios: um trabalhador que sofre assédio moral, um trabalhador que não cumpre com o horário e mente em juízo, a investigação e desvenda de trabalho escravo, a terceirização fraudulenta, e tantos outros aspectos que revelam, no seu âmago, emoções.

183

Gerenciar e encontrar o código nivelador é tarefa das relações humanas, é modelo de inteligência e sofisticação para um judiciário inovador, moderno, imparcial e diferenciado.

A arte de conjugar razão e emoção, faz-se pela mesma arte de aprimorar cérebro e coração no momento da tomada de decisão, seja como profissional ou parte em um processo, frente aos valores diários colocados em conflitos.

A espada combatente alia-se ao equilíbrio dos pratos do direito e sentimentos postos na balança, transformando a justiça do trabalho em símbolo de poder, como modelo de gerência de vidas e pacificação social.

5 CONCLUSÃO

A vida é um aprendizado diário, que revela a necessidade do ser humano em administrar e conciliar fatores internos e externos, frente ao paradigma de estar em sociedade e possuir seus interesses próprios.

Neste contexto, aperfeiçoa-se a justiça com o comprometimento de resolver os conflitos individuais e coletivos de âmbito laboral, delineando a abordagem maior na esfera judicial, quando não há consenso a respeito de direitos e deveres trabalhistas postos em discussão.

A justiça trabalhista, com seus operadores, principalmente o juiz, como representante estatal, concretiza a busca do combate da crescente litigiosidade, via um modelo que transmita ética, retidão, cumpra com a imparcialidade e proclame o justo.

Para tanto, a psicologia vem ao encontro do direito, com a proposta de desarmar as armadilhas mentais para a construção de relações saudáveis, com técnicas de uso do pensamento e tomada de atitudes, controle do fenômeno da ação e dos distúrbios e desempenhos comportamentais, sob a perspectiva do aprimoramento dos instintos psicológicos, diagnosticados pela gerência das emoções.

É conduzir a razão, dita pelas normas, em equilíbrio com a emoção, diante da sensibilidade da percepção das imagens, dos experimentos corporais e posturas linguísticas, como interpretação e aplicação de um modelo não apenas legalista, mas envolto por todo o conhecimento das potencialidades psíquicas, em aliança com a leitura dos princípios, jurisprudências, costumes e demais informativos que embasam a ordem jurídica.

A gestão da emoção é fator de inteligência para a solução dos litígios, pois se utiliza da sinergia de sentimentos, organizados e controlados pelo desbloqueio da personalidade e mente, incorporando lucidez e comunicação dos aspectos internos, provocando a captação intencional de manobrar as emoções para o alcance da verdade no julgamento.

Percebe-se que as expressões de raiva, medo, felicidade, angústia, surpresa, tristeza e outras tendências biológicas da espécie ressaltam a face, o comportamento, as energias e os reflexos, como conexão de uma bússola interna, que deve ser lapidada.

Um juiz que aprende e pratica as técnicas da autoconsciência, o domínio dos sentimentos em si, gerencia não só o papel de humano-juiz, que deve se manter equidistante, desapaixonado e imparcial no ato de sentenciar, mas encontra a construção de um resultado justo, sem tendências

que possam macular o devido processo legal e favorecer uma parte em detrimento da outra, respeitando-se os direitos humanos e fundamentais trabalhistas.

Via de consequência, elucidar os conflitos pelos dois lados da balança (razão X emoção), é a melhor orientação diretiva e mandamento nuclear, citando-se exemplos, como nos casos de depressão, ameaças, assédios, até mesmo no psicoterrorismo, que revela um terror psicológico vedado, oculto, despercebido pela vítima, com a prática de atos que baixam a estima do trabalhador, voltados aos aspectos emocionais dentro do problema avaliado.

As emoções no processo são retratadas pelas partes, empregador, empregado e demais figuras trabalhistas, nos seus conflitos, assim como o procurador, o advogado e outros operadores do direito devem ter gestão emocional, não só quando adentram na investigação de um caso ou defesa, mas no cotidiano de refletir profissionalmente as virtudes humanas de paciência, coragem, integridade, humildade e bom senso.

Especialmente, o juiz, como comandante processual e pacificador dos conflitos, demonstra a gestão de forma mais ampla, como preparo dos impulsos mentais e aptidão para um controle inteligente e profissional nas sentenças proferidas, considerando a estrutura mental em conjuntura com o conhecimento do ordenamento.

Portanto, a gestão emocional como fator de inteligência para o combate da crescente litigiosidade, é tema atual e relevante, que idealiza um judiciário inovador na arte de promover a igualdade, sabedoria, imparcialidade e percepção dos valores ligados aos indivíduos.

Conclui-se pela presença de um judiciário trabalhista brasileiro em destaque, por implementar uma técnica própria e natural criativa, que fundamenta uma justiça limpa, sem farsas, representativa de direitos no cenário internacional e que faz por interagir o mundo dos fatos a um código nivelador das relações humanas, pela ponderação de direito e emoção como forma de realizar a melhor das justiças, com o poder diretivo de excelência e gestão.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Tarcisio. **Encontro marcado com excelência**. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.
- AMORIM, Edgar Carlos de. **O juiz e a aplicação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11.ed. São Paulo: Método, 2015.
- CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho: para concursos**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- COVEY, Stephen R. **Liderança baseada em princípios**. Rio de Janeiro: Campus, 1994. Trad. Astrid Beatriz de Figueiredo.
- CURY, Augusto. **A gestão da emoção**. São Paulo: Benvirá, 2015.
- _____. **O código da inteligência: a formação de mentes brilhantes e a busca pela excelência emocional e profissional**. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil/Ediouro, 2008.
- DAMÁSIO, António R. **O sentimento de si: o corpo, a emoção e a neurobiologia da consciência**. 10.ed. Mira-Sintra: Europa-América, 2000.
- DANN, Jill. **Aprenda as chaves da inteligência emocional em uma semana: conhecer-se a si, controlar o estresse, investir na inteligência emocional, criar uma cultura de inteligência emocional**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2005. Trad. Liliana da Silva Lopes.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16.ed. São Paulo: LTr, 2017.
- FARIA, Aparecido et al. **Autogestão: construindo uma nova cultura nas relações de trabalho**. 2.ed. São Paulo: Anteaq, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Estudo de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2002.
- FIGLIOLI, José Osir; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Psicologia nas relações de trabalho: uma nova visão para Advogados, Juizes do Trabalho, Administradores e Psicólogos**. São Paulo: LTr, 2003.
- GARDNER, Howard. **Trabalho qualificado quando: quando a excelência e a ética se encontram**. Porto Alegre: Bookmann, 2004. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese.
- GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Trad. Marcos Santarrita.
- GONÇALVES, Jair. **Direito em questão: aspectos éticos**. Campo Grande: UCDB, 2001.
- GONÇALVES, Marco Aurélio. **Nascidos para crescer: seu sucesso só depende de você**. Curitiba: Juruá, 2001.

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Rio de Janeiro: Científica Ltda., 1982.
- MANDELLI, Pedro. **Muito além da hierarquia: revolucione sua performance como gestor de pessoas**. São Paulo: Gente, 2001.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.
- MENEGHETTI, Antônio. **O nascimento do eu**. Porto Alegre: ABO, 1993. Trad. Wilney Ferreira Gciozza.
- MIESSA, Élisson. **Processo do trabalho: para concursos**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. **Manual do magistrado: prática, jurisprudência, formulário**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MONDARDO, Dilsa; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Uma nova ética para o direito**. 2.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NOGUEIRA, Écio Madeira. **Como ser um gestor vencedor**. Rio de Janeiro: Sprint, 2003
- PEASE, Alan & PEASE, Bárbara. **Desvendando os segredos da linguagem corporal**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005. Trad. Pedro Jorgensen Junior.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC**. 12.ed. São Paulo: LTr, 2017.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.
- WEISINGER, Hendrie. **Inteligência emocional no trabalho: como aplicar os conceitos revolucionários da I.E. nas suas relações profissionais, reduzindo o stress, aumentando sua satisfação, eficiência e competitividade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Trad. Eliana Sabino.
- ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos da atividade jurídica**. Campinas: Millenium, 2002

A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA VISÃO DOS JUÍZES DO TRABALHO DE SANTA CATARINA

*Luis Fernando Silva de Carvalho*¹

Resumo: O presente artigo expõe os resultados da atividade de validação realizada pela Escola Judicial do Tribunal do Trabalho da 12ª Região, em abril de 2017. A atividade contou com a participação de 68 magistrados e consistiu em um questionário com perguntas sobre 15 situações hipotéticas, nas quais seria possível cogitar a ocorrência de má-fé. Com a compilação das respostas, objetivou-se formar um quadro que pudesse revelar a compreensão dos magistrados sobre a má-fé no curso do processo e como eles percebem a atuação dos demais na 12ª Região nessas mesmas situações. Além disso, com os resultados obtidos, buscou-se investigar a existência, ou não, de diferença relevante entre as análises feitas por Desembargadores, Juízes Titulares e Juízes Substitutos sobre o mesmo tema.

189

Palavras-chave: Direito Processual. Processo do Trabalho. Litigância de má-fé. Litigiosidade.

1 INTRODUÇÃO

Temas ligados à litigiosidade têm merecido, nos últimos tempos, a preocupação da comunidade jurídica. O imenso volume de ações trazidas ao Poder Judiciário brasileiro exige a adoção de mecanismos que permitam, dentro de um quadro de recursos materiais e humanos limitado, concretizar a garantia a uma solução justa e em tempo adequado, tal qual previsto pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República².

¹ Juiz do Trabalho na Vara do Trabalho de São Bento do Sul-SC. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Fundação. Faculdade de Direito da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

² Constituição da República, artigo 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesse quadro, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região – EJUD12 elegeu “a crescente litigiosidade no Judiciário Trabalhista brasileiro” como tema central para as atividades no ano de 2017³.

E, logo no primeiro módulo presencial de formação continuada, ocorrido em Florianópolis, entre 5 e 7 de abril de 2017, a relação entre a litigância de má-fé e a litigiosidade foi abordada com profundidade. O tema, inclusive, foi objeto da atividade de validação do módulo de formação.

O presente artigo tem por objetivo documentar a atividade realizada, a qual teve a participação de 68 magistrados da 12ª Região, e apresentar os resultados. Além disso, serão apresentadas as primeiras conclusões extraídas, a partir da análise inicial dos dados obtidos.

2 METODOLOGIA E OBJETIVO DA ATIVIDADE EXECUTADA

190

A atividade realizada consistiu em um questionário *on line* com perguntas sobre 15 situações hipotéticas, nas quais seria possível cogitar a ocorrência de má-fé no curso do processo⁴. Os participantes foram instados a analisar cada uma das situações e a responderem os seguintes quesitos:

- A) Houve litigância de má-fé da parte?
- B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?
- C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?
- D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

É bem verdade que, na realidade de cada caso concreto, o juiz leva em consideração várias outras circunstâncias, as quais podem ser relevantes para apreciação da litigância de má-fé. Contudo, para fins da atividade

³ SANTA CATARINA. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. DIREÇÃO E COODERNAÇÃO CIENTÍFICA DA ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. GESTÃO 2015-2017. **Plano Anual de Capacitação 2017**. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/escola/extranet/documentos/PACPlanoanualdecapacitacao2017.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

⁴ O questionário apresentado e resultado obtido podem ser acessados em <https://docs.google.com/a/trt12.jus.br/forms/d/1VVb7qqbOtKpNc3QZsKI5nFwZuT9DAOQJqA0qtPndWR0/viewanalytics>

executada, pediu-se que os participantes avaliassem apenas as circunstâncias trazidas no enunciado proposto, sem acréscimos de outras variáveis.

Além disso, ao analisar a ocorrência de má-fé, os participantes foram orientados a analisarem apenas a má-fé atribuível à parte, e não aquela que pudesse ser atribuída ao advogado.

A opção por essa restrição se deu para evitar discussões sobre a possibilidade de se aplicar ao advogado, nos próprios autos em que ocorreu a conduta, a sanção do art. 81 do Código de Processo Civil.

A discussão sobre meios para punir a conduta do advogado que atua em desconformidade com os princípios éticos que regem a relação processual, apesar de muito relevante, não se amoldaria ao formato da atividade executada, por conta das limitações inerentes a um formulário com quesitos objetivos.

Por sua vez, a relevância da pesquisa decorre da compreensão de que o fenômeno da litigiosidade não se esgota simplesmente no volume de processos que são levados ao Poder Judiciário. A litigiosidade também se cristaliza na própria conduta das partes no decorrer da relação processual.

Em lugar de se fomentar a pacificação dos conflitos, as partes, muitas vezes, levam ao Judiciário questões que não exigiriam a decisão de um juiz para serem resolvidas.

É o que se vê, por exemplo, em situações nas quais o próprio réu está ciente de que deve e não possui nenhuma defesa substancial a ser oposta à pretensão do autor. Para ilustrar, cita-se o caso de depósitos de FGTS não realizados, abordado na situação de nº 2 do anexo Instrumento de Coleta de Dados – Questionário sobre Litigância de Má-fé.

Por outro lado, a ausência de sucumbência recíproca e a gratuidade ao demandar na Justiça do Trabalho incentivam o autor (como regra, o trabalhador) a adicionar, nas ações trabalhistas, pretensões temerárias, as quais, isoladamente, não motivariam o acionamento do Poder Judiciário. Nesse sentido é a situação de nº 4 do Questionário sobre Litigância de Má-fé, que trata de pedido de indenização por danos morais decorrentes do não pagamento de reflexos sobre uma determinada verba controvertida.

Ademais, a litigiosidade também produz seus efeitos na conduta

das partes, seja postergando artificialmente o andamento do processo, seja tentando impor uma determinada posição processual sem aparente fundamentação. Sobre o tema, citam-se as hipóteses de nº 5 (protesto apenas para permitir futura alegação de nulidade em sede recursal) e de nº 7 (parte que desiste de ouvir uma testemunha, após ter pedido o adiamento da audiência para que essa mesma testemunha fosse ouvida).

Com a compilação das respostas, objetivou-se formar um quadro que revelasse a compreensão dos magistrados da 12ª Região sobre a má-fé no curso do processo e como eles percebem a atuação dos demais nessas mesmas situações.

Além disso, com os resultados obtidos, cogitou-se ser possível investigar a existência, ou não, de diferença relevante entre as análises feitas por Desembargadores, Juízes Titulares e Juízes Substitutos sobre o tema. Tais dados poderiam servir para confirmar ou afastar a ideia recorrente de que o segundo grau de jurisdição seria mais tolerante do que o primeiro grau na sanção às condutas de má-fé processual.

192

O primeiro objetivo foi plenamente atingido. Pois, 68 magistrados responderam ao instrumento de coleta, permitindo o desenho de um quadro representativo das opiniões da magistratura catarinense.

O segundo objetivo, infelizmente, não foi possível de ser alcançado. Dos 68 magistrados que participaram da atividade, 65 deles pertencem ao primeiro grau⁵. Desse modo, a disparidade entre número de participantes do primeiro e do segundo graus não permitiu a obtenção de dados estatisticamente relevantes para investigar a existência, ou não, de diferenças na percepção dos Juízes (Titulares ou Substitutos) e dos Desembargadores nos temas que envolvam o conteúdo ético do processo.

Serão apresentados, a seguir, os resultados da atividade realizada. Após, algumas conclusões serão esboçadas a partir da triagem inicial dos dados obtidos.

⁵ Apesar de o resultado da pesquisa apontar quatro Desembargadores participantes, a lista nominal mostra que um Juiz Substituto preencheu equivocadamente o campo de identificação como se fosse Desembargador. Assim, na verdade, apenas três Desembargadores responderam o questionário.

3 SISTEMATIZAÇÃO DOS DADOS

Na situação hipotética 1, o autor afirma, na petição inicial, que era obrigado a bater ponto em horários diversos daqueles efetivamente trabalhados por ele. Postula a condenação do empregador ao pagamento de horas extraordinárias. Na audiência de instrução, o autor reconhece que os registros de ponto trazem os reais horários trabalhados por ele.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	66,2%	33,8%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	51,1%	48,9%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	23,1%	76,9%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	12,3%	27,7%
Prejudicado	60%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 2, o autor busca o pagamento do FGTS, verbas rescisórias e horas extras, juntando extrato atualizado do FGTS. O réu apresenta defesa afirmando que todas as verbas devidas ao reclamante foram quitadas. Inclusive faz impugnação específica ao pedido do FGTS, dizendo que: “nada é devido, pois tal parcela foi devidamente quitada, conforme comprovante”. O réu não traz nenhum comprovante de pagamento do FGTS.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	53,8%	46,2%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	56,7%	43,3%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	20%	80%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	7,4%	25%
Prejudicado	67,6%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 3, em uma execução trabalhista, o Oficial de Justiça consegue penhorar bens do devedor, os quais garantem parcialmente a execução. O devedor, então, pede seja designada audiência de execução para fins de conciliação. O Juiz designa a audiência, intimando o devedor pessoalmente e também por advogado. Porém, nem o devedor (que pediu a designação da audiência) nem o procurador dele comparecem à audiência. Também não justificam a ausência.

194

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	76,5%	23,5%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	84,6%	15,4%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	58,8%	41,2%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	36,8%	35,3%
Prejudicado	27,9%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 4, o autor busca o pagamento dos reflexos das horas extras sobre um dia útil não trabalhado. Além disso, postula indenização por danos existenciais, ao argumento de que o não pagamento correto desses reflexos lhe teria causado abalo extrapatrimonial.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	20,6%	79,4%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	71,4%	28,6%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	89,7%	10,3%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	4,4%	17,6%
Prejudicado	77,9%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 5, a testemunha declara-se amiga íntima da parte (inclusive confirma que frequenta a casa da parte, é amiga da família, vai a festas de aniversários etc.). O Juiz nega compromisso à testemunha. O advogado da parte que arrolou a testemunha protesta contra a decisão. O Juiz indaga se o advogado não gostaria de fundamentar o protesto, até mesmo para, se for o caso, permitir que o Juiz se convença do contrário e reconsidere a decisão. O advogado afirma que o fundamento seria “cerceamento do direito de defesa”, sem tecer outros detalhes, “pois havia recebido orientação do escritório em que trabalha para consignar protesto em qualquer situação de indeferimento de prova”.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	10,3%	89,7%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	28,6%	71,4%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	5,9%	94,1%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	1,5%	16,2%
Prejudicado	82,4%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 6, o autor busca rescisão indireta, sob o argumento de que o réu não estaria cumprindo com as obrigações do contrato (depósitos do FGTS no prazo, não pagamento das horas *in itinere*, concessão de apenas 30 minutos de intervalo intrajornada por força de convenção coletiva). Em audiência, o autor declara que decidiu sair da empresa porque o horário de trabalho não era compatível com o curso superior que ele passou a frequentar.

196

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	82,4%	17,6%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	76,8%	23,2%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	48,5%	51,5%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	29,4%	41,2%
Prejudicado	29,4%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 7, o reclamante pede o adiamento da audiência de instrução sob o argumento de que sua única testemunha, apesar de convidada, recusou-se a comparecer. O Juiz defere o adiamento e determina a intimação da testemunha, sob pena de condução coercitiva e de multa. Na nova audiência, dispensados os depoimentos das partes, o advogado do autor declara que não tem interesse na produção de prova testemunhal.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	48,5%	51,5%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	78,8%	21,2%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	30,9%	69,1%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	13,2%	33,8%
Prejudicado	52,9%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 8, o sindicato firma acordo coletivo com a empresa para redução do intervalo intrajornada, sem autorização do Ministério do Trabalho. Após, como substituto processual, o mesmo sindicato ajuíza ação buscando a condenação da ré ao pagamento de horas extras por redução ilegal do descanso.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	86,8%	13,2%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	96,6%	3,4%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	75%	25%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	48,5%	36,8%
Prejudicado	14,7%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 9, em audiência, o preposto do empregador declarou que apenas havia um único registro de ponto, feito de modo eletrônico. No entanto, as testemunhas (inclusive as arroladas pelo empregador) confirmaram que havia um outro registro de ponto, de anotação manual, para registro de algumas horas que não eram lançadas no controle principal.

198

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	61,8%	38,2%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	69%	31%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	36,8%	63,2%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	22,1%	29,4%
Prejudicado	48,5%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 10, o autor ajuíza ação pedindo equiparação salarial. Indica um paradigma. Em audiência, o autor afirma que executava exatamente as mesmas tarefas que o paradigma indicado. No depoimento pessoal do preposto, porém, este alega que o paradigma, na verdade,

exercia outras atribuições além daquelas realizadas pelo autor. A versão do preposto é confirmada por todas as testemunhas, inclusive aquelas arroladas pelo demandante. Instado pelo Juiz, o autor retificou o depoimento, reconhecendo que o paradigma tinha atribuições diversas.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	55,9%	44,1
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	65,8%	34,2%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	29,4%	70,6%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	16,2%	29,4%
Prejudicado	54,4%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 11, o autor ajuíza ação pedindo o pagamento das verbas rescisórias e entrega das guias de seguro-desemprego, além de outros pedidos desvinculados da extinção do contrato (horas extras, adicional de insalubridade etc). Ré junta comprovante de pagamento das verbas rescisórias e comprovante de entrega das guias do seguro-desemprego. O autor não impugna os documentos. Em audiência, o demandante declara que recebeu o valor do TRCT e está recebendo o seguro-desemprego. Afirma, inclusive, que avisou isso ao advogado por ocasião da entrevista para o ajuizamento da ação.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	50%	50%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	73,5%	26,5%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	35,3%	64,7%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	23,5%	23,5%
Prejudicado	52,9%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 12, em uma execução trabalhista, após frustradas todas tentativas de garantia da execução, o Juiz dá prazo de 30 dias para o exequente indicar meios para o prosseguimento da execução. O exequente, nesse prazo, pede a designação de audiência de execução para tentativa de conciliação. O Juiz designa a audiência, intimando o exequente pessoalmente e também por advogado. Porém, nem o exequente (que pediu a designação da audiência) nem o seu procurador comparecem à audiência. Também não justificam a ausência.

200

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	51,5%	48,5%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	71,4%	28,6%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	30,9%	69,1%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	14,7%	39,7%
Prejudicado	45,6%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 13, o ex-empregado ajuíza ação buscando ser ressarcido dos gastos que tinha com sabão em pó e com água para a lavagem do uniforme de trabalho. Requereu o pagamento de R\$150,00 por mês a esse título. Em audiência, o autor declara que lavava o uniforme três vezes por semana. Afirma que a conta de água da sua casa era paga pela tarifa mínima da empresa concessionária (aproximadamente R\$10,00).

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	52,9%	47,1%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	75%	25%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	35,3%	64,7%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	17,6%	35,3%
Prejudicado	47,1%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 14, em uma audiência de instrução, foram ouvidas as partes, três testemunhas arroladas pelo autor e duas testemunhas arroladas pelo réu. O réu, então, pediu a expedição de carta precatória para ouvir a terceira e última testemunha, a qual reside em São Paulo. O Juiz expede a CPI. É designada audiência no Juízo deprecado, a ser realizada dali a 11 meses. Nem o Juízo deprecante nem as partes apresentaram quesitos previamente. Faltando 2 dias para a audiência, o réu peticiona ao Juízo deprecante informando que não mais tem interesse na oitiva da testemunha.

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	52,9%	47,1%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	88,9%	11,1%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	39,7%	60,3%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	17,6%	33,8%
Prejudicado	48,5%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

Na situação hipotética 15, o STF, em controle concentrado de constitucionalidade, declara a inconstitucionalidade de uma norma, fixando um precedente e editando uma Súmula Vinculante. A parte ajuíza ação deduzindo pretensão contrária a essa Súmula, apenas repetindo a mesma tese que já fora rejeitada por ocasião da formação do precedente (não há nenhuma tese nova para possibilitar a superação do precedente) e sem alegar nenhuma distinção entre o caso concreto e o precedente.

202

QUESITOS	SIM	NÃO
A) Houve litigância de má-fé da parte?	36,8%	63,2%
B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?	80%	20%
C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?	26,5%	73,5%
D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?	17,6%	20,6%
Prejudicado	61,8%	

Fonte: Questionário sobre Litigância de Má-fé

4 CONCLUSÕES INICIAIS

A partir de agora, serão expostas algumas das conclusões iniciais obtidas, após a primeira análise dos resultados da atividade.

4.1 Os magistrados acreditam que o TRT12 tende a retirar as sanções por litigância de má-fé aplicadas em primeiro grau de jurisdição

A atividade realizada reitera uma das impressões corriqueiras acerca do tema: os juízes acreditam que o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, ao apreciar os recursos contra decisões que aplicam sanções por litigância de má-fé, teria maior propensão em retirá-las do que em mantê-las.

Essa conclusão é obtida a partir das respostas dadas ao quesito “D”, o qual apenas foi respondido por aqueles juízes que, na situação proposta, aplicariam a penalidade por litigância de má-fé (resposta positiva ao quesito “B”) ou por aqueles que disseram acreditar que os demais colegas imporiam tal sanção à conduta da parte (resposta positiva ao quesito “C”).

203

Portanto, mesmo quando os juízes acreditam que a situação possa caracterizar litigância de má-fé punível pelo primeiro grau, a manutenção dessa sanção, pela instância recursal, não é esperada na maioria dos casos. Isso ocorreu em treze das quinze situações hipotéticas.

E essa diferença na percepção esperada do segundo grau e do primeiro grau revela-se bastante grande em algumas situações específicas: nas situações 1, 2, 4, 5, 7, 12 e 13, pelo menos dois terços dos magistrados disseram acreditar que o julgamento do recurso importaria em exclusão da sanção por litigância de má-fé.

Espera-se que a punição pela má-fé seja mantida pelo Tribunal apenas em duas das quinze situações analisadas: na proposição 3, que trata do executado que não comparece à audiência de conciliação, mesmo tendo requerido a realização dela, e na proposição nº 8, que aborda a conduta do sindicato que busca a condenação em intervalo intrajornada, mesmo tendo pactuado a redução dele em norma coletiva.

Aliás, a situação do sindicato foi aquela na qual mais se acredita que a condenação por litigância de má-fé seja mantida pelo segundo grau.

Outra vez mais, recorda-se que apenas 3 desembargadores participaram da atividade, enquanto 65 juízes de primeiro grau responderam ao questionário. Caso tivesse havido participação maior dos magistrados de 2º grau, seria possível fazer uma comparação entre a percepção do primeiro grau sobre como os Desembargadores decidiriam determinadas situações e a própria percepção dos Desembargadores sobre essas mesmas proposições.

4.2 A má-fé do devedor tende a ser sancionada mais frequentemente do que a má-fé do credor

Foram propostas duas situações análogas, nas quais a parte solicitava a designação de audiência de conciliação, mas não comparecia a ela nem justificativa o motivo da ausência.

Na situação hipotética de nº 3, era o devedor quem teria solicitado a audiência de conciliação. Na de nº 12, o requerimento teria partido do exequente.

204 No primeiro caso, quando a suposta má-fé poderia ser atribuída ao devedor, 76,5% dos juízes considerou que haveria litigância de má-fé. Desses, 84,6% aplicariam a sanção pela litigância de má-fé.

Quando o credor teria dado causa ao ato processual inútil, requerendo audiência para a qual ele não compareceu, apenas metade dos participantes consideraria ter havido litigância de má-fé (51,5%).

Trata-se de diferença estatisticamente relevante, 25%, apesar de se estar diante de duas situações basicamente idênticas. Em ambas, há prejuízo à administração da justiça e à parte contrária, que comparece a uma audiência de conciliação solicitada pelo outro litigante.

A única diferença nas proposições é a posição processual da parte a quem se poderia atribuir a conduta violadora da boa-fé.

Apesar de não haver elementos para se afirmar com exatidão o motivo dessa diferença de tratamento (até mesmo porque a atividade não permitia justificativas), uma possível razão na diferenciação pode residir no fato de ser o executado o responsável pela não solução do processo. Tivesse ele cumprido espontaneamente a obrigação, a relação processual já teria se encerrado. Desse modo, pode-se cogitar que a prática de ato inútil pelo

executado seja potencialmente mais danosa do que o mesmo ato praticado pelo exequente.

4.3 Os magistrados não equiparam a violação a precedentes obrigatórios à violação a dispositivos de lei

Com a vigência do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), os juízes e tribunais passaram a ser obrigados a observar os provimentos jurisdicionais elencados no art. 927⁶ dessa nova lei processual.

Caso tal exigência legal não seja atendida, a decisão será tida por não fundamentada (art. 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil⁷) e, como tal, será considerada nula (art. 93, IX, da Constituição da República⁸).

Portanto, o magistrado somente pode decidir contrariamente a um precedente obrigatório se demonstrar a existência de distinção entre o caso concreto e a hipótese do precedente (*distinguishing*) ou se apontar a ocorrência da superação do precedente (*overruling*).

Do mesmo modo, o art. 10 do Código de Processo Civil⁹ estabeleceu não ser possível que o juiz decida com base em argumento sobre o qual não tenha dado às partes a oportunidade de se manifestarem.

Pela aplicação combinada desses dispositivos, pode-se sustentar

205

⁶ Lei nº 13.105/2015, art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁷ Lei nº 13.105/2015, art. 927, §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁸ Constituição da República, art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]

⁹ Lei nº 13.105/2015, artigo 10. 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, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

que a parte, ao postular pretensão ou apresentar defesa contra um precedente obrigatório, deveria alegar a ocorrência de distinção ou de superação, pois são essas as duas únicas hipóteses legalmente possíveis para que a tese da parte seja acolhida pelo julgador.

Diante disso, alguns doutrinadores passaram a defender que os precedentes obrigatórios poderiam ser equiparados a texto expresso de lei, como mencionado no art. 80, I, do Código de Processo Civil¹⁰, para fins de caracterização de litigância de má-fé¹¹.

Nesse sentido, a proposição de nº 15 indagou justamente sobre a caracterização de má-fé processual quando a parte atua no processo de forma contrária a um precedente, sem invocar distinção ou superação dele.

Quase dois terços dos magistrados participantes entenderam não existir má-fé em tal situação (63,2%), rejeitando a ideia de equiparação entre o precedente obrigatório e o texto expresso de lei.

Por outro lado, não houve diferença estatisticamente relevante entre os juízes que responderam acreditar que o Tribunal manteria a sanção por litigância de má-fé e os magistrados que disseram acreditar que a penalidade seria excluída.

Tal resultado pode ser um indicativo da percepção de que o segundo grau estaria mais preocupado em zelar pelo respeito à jurisprudência consolidada do que o primeiro grau.

Afinal de contas, como já se analisou alhures, nas demais situações do questionário, prevaleceu a percepção de que o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região tenderia a reformar as decisões de primeiro grau que tivessem aplicado sanções por litigância de má-fé;

¹⁰ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

¹¹ GAJARDONI, Fernando José. **No novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má-fé?** Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/no-novo-cpc-demandar-contra-precedente-e-litigancia-de-ma-fe-15022016>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

4.4 Há grande divergência entre os juízes no tratamento das situações que envolvem a má-fé no curso do processo

Nas quinze situações propostas, houve uma nítida divisão no tratamento que os juízes deram ao enquadrar ou não determinada conduta como litigância de má-fé.

Com efeito, em apenas cinco situações hipotéticas formou-se maioria de dois terços na resposta ao quesito A (se houve ou não litigância de má-fé).

Já em outras seis situações hipotéticas, a diferença entre a posição da maioria e posição da minoria não chegou a dez pontos percentuais, mostrando uma clara divisão de entendimento quanto à questão principal.

Tais dados revelam inexistir um padrão no modo pelo qual os diferentes magistrados tratam as questões que envolvam a caracterização da má-fé processual. Essa ausência de definição quanto aos *standards* éticos que devam ser seguidos pelas partes no curso do processo, deixando-se claro, de antemão, quais as condutas processuais são ou não toleráveis (e quais delas serão sancionadas), pode ser um fator de contribuição para a crescente litigiosidade que se verifica na Justiça do Trabalho de Santa Catarina.

E, exatamente por isso, o avanço nos estudos sobre o tema pode ser uma valiosa ferramenta para a diminuição dessa litigiosidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo serviu para documentar a atividade de validação promovida pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, realizada em abril de 2017, bem como para deixar registrados os resultados obtidos.

A partir da análise das respostas dadas pelos 68 magistrados participantes, foi possível montar um panorama revelador a visão dos juízes trabalhistas de Santa Catarina acerca dos temas que envolvem a má-fé no curso das relações processuais.

O quadro obtido revelou não existir uniformidade de tratamento em relação à litigância de má-fé pelos magistrados participantes. Com efeito,

na maior parte dos quesitos houve acentuada divisão nas respostas, seja com relação à caracterização de litigância de má-fé, seja com relação à aplicação de sanção em razão de conduta abusiva.

Por outro lado, o questionário revelou que a maior parte dos magistrados acreditam que as turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região tenderiam a retirar a sanção por litigância de má-fé, quando aplicada pelo primeiro grau de jurisdição.

Além disso, apesar da crescente importância dos precedentes no direito brasileiro, os participantes da atividade não consideram adequado equipará-los a um “texto expresso de lei” para fins de caracterização de litigância de má-fé.

De qualquer modo, a atividade realizada serviu para que os juízes refletissem sobre situações que podem ser encontradas com certa frequência nos processos trabalhistas, tendo sido convidados até mesmo a analisarem a postura esperada pelos outros magistrados que atuam na 12ª Região.

208

Finalmente, é necessário reforçar, outra vez, a necessidade de avanços nos estudos sobre a litigância de má-fé. A definição de *standards* claros de conduta para as partes, no curso da relação jurídica processual, os quais serão exigidos de modo uniforme pelos juízes, pode ser ferramenta valiosa para diminuir o nível de litigiosidade. Afinal de contas, a litigiosidade não se revela apenas no número de processos ajuizados, mas se mostra também pela quantidade de incidentes que são trazidos à resolução do juiz ao longo da tramitação do feito.

Se as partes já souberem, de antemão, quais condutas serão ou não aceitas pelo Judiciário Trabalhista de Santa Catarina, os sujeitos do processo poderão se dedicar aos temas que, efetivamente, são relevantes e que demandam a atuação jurisdicional para a pacificação do conflito.

REFERÊNCIAS

GAJARDONI, Fernando José. **No novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má-fé?** Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/no-novo-cpc-demandar-contra-precedente-e-litigancia-de-ma-fe-15022016>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. DIREÇÃO E COODERNAÇÃO CIENTÍFICA DA ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. GESTÃO 2015-2017. Pesquisa participante: **Questionário sobre Litigância de Má-fé**. Disponível em: <<https://docs.google.com/a/trt12.jus.br/forms/d/1VVb7qqbOtKpNc3QZsKI5nFwZuT9DAOQJqA0qtqndWR0/viewanalytics>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. _____. _____. **Plano Anual de Capacitação 2017**. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/escola/extranet/documentos/PACPlanoanualdecapitacao2017.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

ANEXO

INSTRUMENTO DE COLETA DE DADOS QUESTIONÁRIO SOBRE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

OBJETIVO: A atividade insta Juízes e Desembargadores a analisarem proposições em que se poderia cogitar a caracterização de litigância de má-fé. Com a compilação das respostas, será possível identificar se existe ou não diferença relevante entre as análises feitas por Desembargadores, Juízes Titulares e Juízes Substitutos sobre o tema. Além disso, será possível formar um quadro com a percepção de cada magistrado sobre a atuação dos demais juízes da 12ª Região nas mesmas situações. Para os magistrados que participaram do 1º Módulo de Formação Continuada de 2017, a resposta ao questionário é atividade obrigatória para aferir o aproveitamento e validar a carga horária do evento.

209

INSTRUÇÕES: Para cada situação proposta, você deve responder SIM ou NÃO para os quesitos listados.

Cargo

() Desembargador(a)

() Juiz(íza) Titular

() Juiz(íza) Substituto(a)

1. O autor arma, na petição inicial, que era obrigado a bater ponto em horários diversos daqueles efetivamente trabalhados por ele. Postula a condenação do empregador em horas extraordinárias. Na audiência de instrução, o autor reconhece que os registros de ponto trazem os reais horários trabalhados por ele.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

2. O autor busca o pagamento do FGTS, verbas rescisórias e horas extras, juntando extrato atualizado do FGTS. O réu apresenta defesa afirmando que todas as verbas devidas ao reclamante foram quitadas. Inclusive faz impugnação específica ao pedido do FGTS, dizendo que: “nada é devido, pois tal parcela foi devidamente quitada, conforme comprovante”. O réu não traz nenhum comprovante de pagamento do FGTS.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

3. Em uma execução trabalhista, o Oficial de Justiça consegue penhorar bens do devedor, os quais garantem parcialmente a execução. O devedor, então, pede seja designada audiência de execução para fins de conciliação. O Juiz designa a audiência, intimando o devedor pessoalmente e também por advogado. Porém, nem o devedor (que pediu a designação da audiência) nem o procurador dele comparecem à audiência. Também não justificam a ausência.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

4. O autor busca o pagamento dos reflexos das horas extras sobre um dia útil não trabalhado. Além disso, postula indenização por danos existenciais, ao argumento de que o não pagamento correto desses reflexos lhe teria causado abalo extrapatrimonial.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

5. A testemunha declara-se amiga íntima da parte (inclusive confirma que frequenta a casa da parte, é amiga da família, vai a festas de aniversários etc.). O Juiz nega compromisso à testemunha. O advogado da parte que arrolou a testemunha protesta contra a decisão. O Juiz indaga se o advogado não gostaria de fundamentar o protesto, até

mesmo para, se for o caso, permitir que o Juiz se convença do contrário e reconsidere a decisão. O advogado afirma que o fundamento seria “cerceamento do direito de defesa”, sem tecer outros detalhes, “pois havia recebido orientação do escritório em que trabalha para consignar protesto em qualquer situação de indeferimento de prova”.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

6. O autor busca rescisão indireta, sob o argumento de que o réu não estaria cumprindo com as obrigações do contrato (depósitos do FGTS no prazo, não pagamento das horas *in itinere*, concessão de apenas 30 minutos de intervalo intrajornada por força de convenção coletiva). Em audiência, o autor declara que decidiu sair da empresa porque o horário de trabalho não era compatível com o curso superior que ele passou a frequentar.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

211

7. O reclamante pede o adiamento da audiência de instrução sob o argumento de que sua única testemunha, apesar de convidada, recusou-se a comparecer. O Juiz defere o adiamento e determina a intimação da testemunha, sob pena de condução coercitiva e de multa. Na nova audiência, dispensados os depoimentos das partes, o advogado do autor declara que não tem interesse na produção de prova testemunhal.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

8. O sindicato firma acordo coletivo com a empresa para redução do intervalo intrajornada, sem autorização do Ministério do Trabalho. Após, como substituto processual, o mesmo sindicato ajuíza ação buscando a condenação da ré ao pagamento de horas extras por redução ilegal do descanso.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

9. Em audiência, o preposto do empregador declarou que apenas havia um único registro de ponto, feito de modo eletrônico. No entanto, as testemunhas (inclusive as arroladas pelo empregador) confirmaram que havia um outro registro de ponto, de anotação manual, para registro de algumas horas que não eram lançadas no controle principal.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

10. O autor ajuíza ação pedindo equiparação salarial. Indica um paradigma. Em audiência, o autor afirma que executava exatamente as mesmas tarefas que o paradigma indicado. No depoimento pessoal do preposto, porém, este alega que o paradigma, na verdade, exercia outras atribuições além daquelas realizadas pelo autor. A versão do preposto é confirmada por todas as testemunhas, inclusive aquelas arroladas pelo demandante. Instado pelo Juiz, o autor retificou o depoimento, reconhecendo que o paradigma tinha atribuições diversas.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

11. O autor ajuíza ação pedindo o pagamento das verbas rescisórias e entrega das guias de seguro-desemprego, além de outros pedidos desvinculados da extinção do contrato (horas extras, adicional de insalubridade etc.). Ré junta comprovante de pagamento das verbas rescisórias e comprovante de entrega das guias do seguro-desemprego. O autor não impugna os documentos. Em audiência, o demandante declara que recebeu o valor do TRCT e está recebendo o seguro-desemprego. Afirma, inclusive, que avisou isso ao advogado por ocasião da entrevista para o ajuizamento da ação.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

12. Em uma execução trabalhista, após frustradas todas tentativas de garantia da execução, o Juiz dá prazo de 30 dias para o exequente indicar meios para o prosseguimento da execução. O exequente, nesse prazo, pede a designação de audiência de execução para tentativa de conciliação. O Juiz designa a audiência, intimando o exequente pessoalmente e também por advogado. Porém, nem o exequente (que pediu a designação da audiência) nem o seu procurador comparecem à audiência. Também não justificam a ausência.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

13. O ex-empregado ajuíza ação buscando ser ressarcido dos gastos que tinha com sabão em pó e com água para a lavagem do uniforme de trabalho. Requereu o pagamento de R\$150,00 por mês a esse título. Em audiência, o autor declara que lavava o uniforme três vezes por semana. Afirma que a conta de água da sua casa era paga pela tarifa mínima da empresa concessionária (aproximadamente R\$10,00).

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

14. Em uma audiência de instrução, foram ouvidas as partes, três testemunhas arroladas pelo autor e duas testemunhas arroladas pelo réu. O réu, então, pediu a expedição de carta precatória para ouvir a terceira e última testemunha, a qual reside em São Paulo. O Juiz expede a CPI. É designada audiência no Juízo deprecado, a ser realizada dali a 11 meses. Nem o Juízo deprecante nem as partes apresentaram quesitos previamente. Faltando 2 dias para a audiência, o réu peticiona ao Juízo deprecante informando que não mais tem interesse na oitiva da testemunha.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

15. O STF, em controle concentrado de constitucionalidade, declara a inconstitucionalidade de uma norma, fixando um precedente e editando uma Súmula Vinculante. A parte ajuíza ação deduzindo pretensão contrária a essa Súmula, apenas repetindo a mesma tese que já fora rejeitada por ocasião da formação do precedente (não há nenhuma tese nova para possibilitar a superação do precedente) e sem alegar nenhuma distinção entre o caso concreto e o precedente.

A) Houve litigância de má-fé da parte?

B) Em caso positivo, você aplicaria a sanção prevista no art. 81 do NCPC?

C) Você acredita que os demais magistrados de primeiro grau aplicariam essa sanção?

D) Você acredita que o TRT12 manteria tal sanção em eventual recurso?

A NOVA REGULAMENTAÇÃO DAS GORJETAS

Pedro Lino de Carvalho Júnior¹

Resumo: A Lei n. 13.419/2017 introduziu várias mudanças nos mecanismos de rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. As alterações promovidas na CLT – no bojo da reforma trabalhista patrocinada pelo atual governo – modificaram, substancialmente, os parâmetros até então empregados para tal desiderato e, em certa medida, colidem com o entendimento que as cortes trabalhistas vinham paulatinamente consagrando em relação a tópicos importantes da matéria. De qualquer sorte, as disposições agora vigentes desafiam a argúcia dos operadores jurídicos ao oferecerem inúmeros obstáculos interpretativos, pelo que o presente estudo ambiciona examinar as principais inovações estipuladas e as dificuldades postas à sua implementação. Com tal propósito, aponta alguns caminhos hermenêuticos que possibilitem assegurar o respeito ao valor social do trabalho e sugere a imposição de determinados limites às negociações coletivas, no particular, com registro do papel que o Ministério Público do Trabalho tem assumido no enfrentamento dessas questões.

215

Palavras-chave: Gorjetas. Nova Regulamentação. Reforma Trabalhista. Ministério Público do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.419/2017 introduziu diversas mudanças nos mecanismos de rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. As alterações

¹ Procurador do Trabalho/PRT5 e Professor Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Econômico (UFBA). Especialista em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA). Bacharel e Doutor em Filosofia (UFBA). Diretor Cultural do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - IPEATRA.

promovidas na CLT – no bojo da reforma trabalhista², patrocinada pelo atual governo, modificaram substancialmente os parâmetros até então empregados para tal desiderato e, em certa medida, colidem com o entendimento que as cortes trabalhistas vinham paulatinamente consagrando em relação a tópicos importantes da matéria. Como quer que seja, as disposições ora vigentes desafiam a argúcia dos operadores jurídicos, na medida em que oferecem inúmeros obstáculos interpretativos. O propósito deste estudo, em síntese, é refletir acerca de alguns desses impasses, sempre com o desejo de encaminhar a análise mais no sentido de contribuir para o debate do que, propriamente, com o avançar no fechamento de conclusões.

Seria um truísmo reconhecer que, no mundo do direito, as mudanças normativas se revestem de extremada importância. Assim sendo, louvando-se em Pierre Bourdieu, Lênio Streck foi preciso ao assinalar que os profissionais do Direito, quando surge uma nova lei, se “tornam órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles *o que é que a lei diz* (ou *‘quis dizer’*)...”. (STRECK, 2000, p. 75).

216

Nesse ensejo, em que um novo regramento jurídico determina outras diretrizes para o regramento de condutas, é preciso ter claro que nenhum processo interpretativo se realiza *ingenuamente*, pois ao intérprete caberia tão apenas descortinar o exato sentido da norma que se encontraria, por vezes, cativo em suas expressões linguísticas. Ao contrário, a hermenêutica jurídica, na sua condição, é um percurso eminentemente *político*³, a exigir de seu protagonista uma constante vigilância epistemológica e uma saudável explicitação de seus referenciais teóricos e valorativos, até porque, ao contrário do que pensam muitos juristas, os textos legais são apenas um

² Em verdade, antecedendo-a, mas já sinalizando seus propósitos.

³ Este tema exige que se reflita acerca da natureza do ato interpretativo. O jurista, ao interpretar a norma, exerce um ato de poder, com todas as consequências dessa atitude. Como ensina Óscar Correa: “Pero lo que los juristas decimos, es, al mismo tiempo, una *actividad*. Esto es así por las propias características del objeto con el que tratamos. Mientras que al poder, en tiempos normales, le tienen sin cuidado los que los filósofos y politólogos dicen, le preocupa de manera especial lo que los juristas dicen, porque al decir hacemos – como ha sido puesto de manifesto por los actos de habla”. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Marques Neto, Agostinho Ramalho *et alli*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 10. (grifos do autor)

suporte formal de significados políticos, tendo em conta que todo o Direito é, em última análise, construído politicamente (RODRIGUES, 1993, p. 154).

Em derredor do tema, calha invocar as reflexões de Agostinho Ramalho Marques Neto, com seus provocantes e incômodos reparos à doutrina tradicional da interpretação do Direito:

Pode-se contrapor, aqui, a objeção de que o significado da norma jurídica, por mais que o legislador se empenhe nesse sentido, jamais é unívoco, mas sim plurívoco e equívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o 'verdadeiro' sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seu interesse teórico e político. Neste contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado na lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete. (MARQUES NETO, 1996, p. 29).

Considerações de semelhante feitio vêm a pelo, uma vez que, na atual conjuntura, a atividade interpretativa, mesmo que não o pretenda explicitamente, acabará efetuando uma verdadeira *reescritura* do texto celetário. Urge, portanto, que se impeçam eventuais retrocessos hermenêuticos, mormente naquelas hipóteses em que alguns esquecem que a matriz axiológica da Consolidação das Leis do Trabalho está situada na Carta Constitucional, pois nesta se pactuou o projeto existencial da sociedade, do qual a legislação trabalhista há de ser (também) a sua explicitação. Nesse sentido, o correto posicionamento de Ricardo Luiz Lorenzetti, ao assinalar que “o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva” (Lorenzetti, 1998, pp. 252-253).

Sob essa perspectiva analítica, promover-se-á a abordagem da temática proposta conforme as diretrizes firmadas pelo ordenamento pátrio, na compreensão, insista-se, de que inaceitável pretender a leitura da CLT com total abstração das disposições constitucionais que impõem o *tom* de sua exegese.

Inicialmente, serão examinadas as principais características dessa verba remuneratória e suas espécies e, em um segundo momento, as inovações

promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, com ênfase nos desafios apresentados à sua implementação. Mais adiante, abordar-se-á o papel dos entes sindicais à luz dos recentes dispositivos aprovados para, finalmente, enfocar a atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região na tutela dos direitos dos trabalhadores e dos interesses coletivos, em especial as ações desenvolvidas no âmbito do projeto “Gorjeta Legal” e do projeto “Gorjeta e condenações judiciais”.

2 AS GORJETAS: NATUREZA JURÍDICA E REPERCUSSÕES

Como leciona o ilustre jurista Luciano Martinez, as “gorjetas são suplementos salariais outorgados pelos clientes de uma empresa em favor dos empregados desta como estímulo pecuniário para manutenção de um bom atendimento” (MARTINEZ, 2010, p. 373). Em obra clássica, muito acertadamente, doutrinava o mestre Pinho Pedreira que elas têm o caráter de doação remuneratória oferecida pela clientela (PEDREIRA, 1954, p. 84).

218

Nos termos do art. 457 da CLT, compreendem-se na *remuneração* do empregado, para todos os efeitos legais, além do *salário* devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as *gorjetas* que receber. Portanto, remuneração é gênero que abrange o salário e as gorjetas. No particular e ainda no mesmo artigo, dispõe a CLT que “Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados”.

Exatamente por não se confundirem com o salário e, conforme prevê o dispositivo invocado, não constituírem receita própria dos empregadores - pois se destinam aos trabalhadores, as gorjetas não servem para compor a base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, à luz do disposto na Súmula nº 354 do TST:

GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES. As gorjetas, **cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes**, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para

as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Pacificou-se, dessarte, a concepção de que as gorjetas integram a remuneração do empregado e repercutem apenas nas férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS com a respectiva indenização, além de comporem a base de cálculo para as contribuições previdenciárias, em conformidade com o art. 28 da Lei n. 8.212/91. Logo, caso o empregado receba salário fixo de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e de gorjeta aufera, em média, R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês, com fundamento no art. 457 da CLT, sua remuneração é de R\$ 3.000,00 (três mil reais), “quantum” este que servirá de referência para o pagamento das referidas parcelas e cumprimento das obrigações sociais correspondentes:

RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ANOTAÇÃO NA CTPS. A decisão do TRT foi proferida em estrita consonância com a Orientação Jurisprudencial n.º 82 da SBDI-1 do TST, que dispõe: “A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.” Recurso de revista de que não se conhece. GORJETAS. REPERCUSSÕES EM OUTRAS PARCELAS. 1. A questão relativa à integração das gorjetas na remuneração do empregado está pacificada nesta Corte, por meio da Súmula n.º 354 do TST, que dispõe: “GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.” 2. Nesses termos, a determinação de integração das gorjetas nas férias mais 1/3, 13.º salário e FGTS mais multa de 40%, está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, estando superadas eventuais decisões em contrário. 3. Não obstante, a determinação de integração das gorjetas nas parcelas aviso prévio e repouso semanal remunerado, contraria a Súmula n.º 354 do TST. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento parcial. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A CLT, no capítulo relativo à execução trabalhista, apresenta disciplina específica acerca do prazo e da garantia da dívida pelo executado. Aliás, há previsão expressa no art. 883 sobre os efeitos decorrentes do não pagamento espontâneo do valor objeto da execução, com a cominação de custas processuais e juros de mora. Assim, o entendimento firmado pela Subseção I

Especializada em Dissídios Individuais é o de que a multa prevista no art. 475-J do CPC é inaplicável na Justiça do Trabalho. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 655620115080003, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015).

GORJETAS. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. ART. 457 DA CLT E SÚMULA 354 DO TST. REPERCUSSÃO SOBRE FÉRIAS, 13º SALÁRIO E FGTS + 40%. GORJETAS. Nos termos da Súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho e do art. 457 da Consolidação das Leis Trabalhistas, as “gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado”. Posto isso, mostra-se irrepreensível a determinação de pagamento das repercussões das gorjetas reconhecidas sobre as férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas e FGTS, com a respectiva exação rescisória. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NATUREZA PROTELATÓRIA. INOCORRÊNCIA. Não constitui ato evidentemente protelatório o exercício do direito de defesa, quando são utilizados os meios e recursos assegurados por lei, em observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal em vigor). (RO 2415-41.2013.5.22.0105, Rel. Desembargador FAUSTO LUSTOSA NETO, TRT DA 22ª REGIÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 16/06/2015, publicado em 01/07/2015) (TRT-22 - RO: 24154120135220105, Relator: FAUSTO LUSTOSA NETO, Data de Julgamento: 16/06/2015, Data de Publicação: 01/07/2015).

GORJETAS. DIFERENÇAS SALARIAIS. Reconhecida a percepção de gorjetas pelo autor, devida é a sua integração no salário para fins de pagamento de 13º salários, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%, na forma como disciplina a Súmula nº 354 do C. TST. (TRT-2 - RO: 00017896920145020064 SP 00017896920145020064 A28, Relator: MERCIA TOMAZINHO, Data de Julgamento: 24/02/2015, 3ª TURMA, Data de Publicação: 03/03/2015).

É fato notório que, em várias situações – especialmente em restaurantes mais luxuosos –, o valor percebido a título de gorjetas supera, e muito, a parcela salarial fixa. Na medida em que a empresa não promove a incorporação das gorjetas à remuneração e, dessa forma, recolhe a menor a contribuição previdenciária respectiva, além dos prejuízos aos cofres do INSS, esta conduta acarreta profundo malefícios aos empregados, que

experimentarão brutal redução dos valores dos seus benefícios. O mesmo ocorre em relação aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), pois, da mesma maneira, ao não serem incorporadas as gorjetas na sua base de cálculo, os montantes depositados estarão muito aquém do valor que seria devido, com inegáveis prejuízos aos obreiros e a toda sociedade.

3 MODALIDADES DE GORJETAS

Conforme exposto, considera-se gorjeta não apenas *a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado*, como também o *valor cobrado pela empresa*, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados, nos termos do art. 457, § 3º, da CLT. Por conseguinte, existem duas modalidades de gorjetas: as espontâneas e as que são cobradas na nota de serviços (que alguns denominam, impropriamente, de compulsórias). A gorjeta espontânea é aquela paga diretamente pelo cliente ao empregado, em regra sem o controle do empregador. Já a segunda modalidade é aquela na qual o valor pertinente se inclui no valor total da nota de serviços e é gerenciada pela empresa.

221

No caso das empresas que cobram gorjeta na nota de serviços, elas deverão assumir as seguintes obrigações, conforme disposto no § 6º do art. 457 da CLT:

I- para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II - para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador.

Em relação à gorjeta espontânea, esta terá seus critérios definidos

em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada, também, a retenção, nos cânones máximos estipulados no dispositivo antes transcrito.

Deve-se afirmar, ressalte-se, que a cobrança da gorjeta na conta de consumo não vincula o cliente, pois, em relação a esses, ela é sempre facultativa. As convenções e os acordos coletivos apenas obrigam os celebrantes. A regulamentação das gorjetas diz respeito tão somente à sua contabilização e incorporação à remuneração dos empregados, não obrigando os consumidores:

CONSTITUCIONAL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ACRÉSCIMO PECUNIÁRIO (GORJETA). PORTARIA Nº 4/94 (SUNAB). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - O pagamento de acréscimo pecuniário (gorjeta), em virtude da prestação de serviço, possui natureza facultativa, a caracterizar a ilegitimidade de sua imposição, por mero ato normativo (Portaria nº 4/94, editada pela extinta SUNAB), e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenientes, não alcançando a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, II) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 6º, IV, e 37, § 1º), por veicular informação incorreta, no sentido de que a referida cobrança estaria legalmente respaldada. II - Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. CONSTITUCIONAL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ACRÉSCIMO PECUNIÁRIO (GORJETA). PORTARIA Nº 4/94 (SUNAB). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - O pagamento de acréscimo pecuniário (gorjeta), em virtude da prestação de serviço, possui natureza facultativa, a caracterizar a ilegitimidade de sua imposição, por mero ato normativo (Portaria nº 4/94, editada pela extinta SUNAB), e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenientes, não alcançando a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, II) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 6º, IV, e 37, § 1º), por veicular informação

incorreta, no sentido de que a referida cobrança estaria legalmente respaldada. II - Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (AC 2001.01.00.037891-8/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 p.95 de 13/10/2008). (TRF-1 - AC: 37891 DF 2001.01.00.037891-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 15/08/2008, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 13/10/2008 e-DJF1 p. 95).

Em princípio, as gorjetas cobradas na nota de consumo não oferecem maiores controvérsias quanto aos critérios de cobrança, administração e rateio dos valores correspondentes. A própria legislação, como visto, encarregou-se de apresentar os parâmetros que devem ser adotados pelas empresas para operacionalizar tais procedimentos. Em regra, a gorjeta não é incorporada ao salário: ela é considerada parcela remuneratória e deverá ser destacada no contracheque dos empregados. Os problemas surgem, em geral, nas denominadas gorjetas espontâneas, uma vez que, nesse caso, os valores a serem retidos, os critérios de distribuição e a anotação na carteira serão definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, o que tem sido efetuado, na maioria das vezes, a partir de tabelas com estimativas de valores nem sempre condizentes com os valores reais auferidos, como se abordará, mais adiante.

Existem ainda duas situações corriqueiras que ensejam muitas polêmicas e que repercutem na esfera judiciária: a) o comportamento do empresário que veda expressamente a cobrança da gorjeta e chega mesmo a punir o empregado que descumpra seus comandos nesse sentido; b) a conduta do empregador que não cobra gorjetas, mas faz vistas grossas ao procedimento dos garçons que reivindicam dos clientes esse pagamento.

Na primeira situação, caso haja proibição expressa e efetivo controle apto a impedir a cobrança das gorjetas por parte dos empregados – em especial dos garçons, é de se indagar se a deliberação empresarial seria idônea a impedir o pagamento espontaneamente feito pelos clientes e as repercussões que tal pagamento enseja. Poder-se-ia questionar se tal atitude não contrariaria dispositivo categórico da CLT que contempla a gorjeta como mecanismo remuneratório. É uma questão polêmica que

divide opiniões.⁴ As mudanças ocorridas na legislação poderiam sugerir a possibilidade de proibição da cobrança, haja vista o disposto no § 9º do art. 457 da CLT, que se refere à cessação da cobrança de gorjetas de que trata o § 3º do mesmo Dispositivo Legal, ou seja, envolvendo as duas modalidades de gorjetas. De todo modo, para o empregador, resulta sempre mais adequado e juridicamente seguro inserir o valor da gorjeta nas notas de consumo e assumir a responsabilidade por seu gerenciamento, mesmo porque se beneficiará da possibilidade de retenção de parte dos valores para cobrir os encargos sociais.

A segunda ocorrência representa, em suma, uma burla aos imperativos legais: em verdade, o empregador tem consciência de que a gorjeta está sendo cobrada e que ela representa componente relevante no plexo remuneratório do empregado, mas, para evitar o pagamento das repercussões legais advindas da sua cobrança, proclama não a exigir, mas tolera sua reivindicação, conquanto não a inclua na nota. Tem-se notícia de restaurantes que, pasme-se, sugerem aos garçons que estruturem a criação de uma pessoa jurídica distinta, nela figurando como sócios, somente para que possam receber o pagamento de gorjetas via cartão de crédito/débito. São casos raros, mas que, infelizmente, ainda ocorrem em nosso país.⁵

A intenção clara da mudança legislativa foi estimular a cobrança da gorjeta na nota de consumo, assumindo a empresa o gerenciamento dos valores apurados e beneficiando-se das retenções autorizadas em lei. O que se imagina é que esse modelo de gestão se torne a regra no setor, com a redução paulatina da gorjeta espontânea. Isso porque há uma enorme dificuldade de controle das quantias arrecadadas nesta modalidade de pagamento da verba⁶ e, além disso, seria motivo de conflitos incontornáveis o patrão exigir do garçom a entrega dos valores recebidos diretamente a esse título. Como quer que seja, a previsão de estimativa das gorjetas espontâneas acordadas em norma coletiva também é arriscada, pois, na maioria das vezes, estabelecem-

⁴ O escopo desse estudo não permite maiores aprofundamentos a respeito.

⁵ Não são raras as situações em que os garçons apresentam a nota de consumo sem o valor da gorjeta e solicitam aos clientes o pagamento, em espécie, do valor respectivo, o que, em muitos casos, não ocorre, pois os consumidores não costumam portar dinheiro vivo.

⁶ Para não falar da gorjeta espontânea por repetição (“repique”), qual seja, aquela que o consumidor oferece ao profissional após pagar a taxa de serviço.

se valores muito abaixo da movimentação real dos valores adimplidos. Em suma, ainda que o empregador alegue ser impossível controlar a entrada desses valores porque eles seriam entregues espontaneamente pelos clientes e que busque, em norma coletiva, a fixação de uma estimativa de gorjetas, se ficar demonstrada, em juízo, essa discrepância, inevitavelmente será devido o pagamento das diferenças dos reflexos das gorjetas efetivamente pagas.⁷

4 O DISCIPLINAMENTO DAS GORJETAS APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 13.419/2017

Dentre as muitas alterações relevantes que foram introduzidas nos critérios de cobrança e rateio das gorjetas, a mais considerável foi a possibilidade de retenção, por parte do empregador, de parcela do montante arrecadado, a fim de, *especificamente*, custear os encargos sociais, trabalhistas e previdenciários derivados de sua integração à remuneração dos empregados. Com efeito, trata-se de mudança que vai de encontro à jurisprudência dominante nos pretórios trabalhistas. Estes adotavam entendimento diverso, ao sistematicamente invalidarem cláusulas de instrumentos normativos que permitiam a retenção de parte das gorjetas pelos empregadores, seja para cobrir encargos sociais ou mesmo para compor fundo para indenização e ressarcimento de despesas. Igualmente, sempre prevaleceu a tese de que tampouco o sindicato obreiro poderia ser destinatário de parte dessa arrecadação, ainda sob a justificativa de revertê-la em benefício da categoria profissional, como revelam os acórdãos ora colacionados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GORJETA. ACORDO COLETIVO. REPASSE APENAS PARCIAL DO VALOR ARRECADADO. RETENÇÃO INDEVIDA. Ante a aparente violação ao artigo 457 da CLT, nos termos exigidos no artigo 896 da CLT, provê-se o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. GORJETA. ACORDO COLETIVO. REPASSE APENAS PARCIAL DO VALOR ARRECADADO. RETENÇÃO INDEVIDA. O artigo 457 da CLT determina que integram a

⁷ Quando os valores estimados a título de pagamento de gorjeta nas normas coletivas agasalham autêntica renúncia parcial do trabalhador, como seria a hipótese, ela não pode prevalecer: ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros, como se verificará.

remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ao obreiro ou cobradas pela empresa ao cliente. Logo, a existência de previsão legal, no tocante à matéria, não autoriza margem à negociação coletiva para a supressão de direitos dos trabalhadores. Assim, é inválida a cláusula do acordo coletivo que prevê a retenção pela empresa de 35% dos valores arrecadados a título de gorjetas, conforme consignado na sentença, pois ofende o direito à integralidade dos mencionados valores aos obreiros, nos exatos termos do artigo 457 da CLT. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1401001220085010021, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 29/04/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015).

RECURSO DE REVISTA. 1. TAXA DE SERVIÇO - GORJETA. ACORDOS COLETIVOS. RETENÇÃO. Observa-se da leitura do art. 457, § 3º, da CLT que se incluem na remuneração do empregado, além do salário devido, as gorjetas que receber do cliente, espontaneamente, como forma de retribuição pelo serviço que lhe foi prestado, e também aquela decorrente da cobrança da empresa, como adicional nas contas. Tanto os valores recebidos espontaneamente dos clientes, quanto aqueles cobrados como adicional nas contas pertencem aos empregados, razão pela qual não podem sofrer nenhuma retenção a título de indenização e ressarcimento de despesas ou para o sindicato com a finalidade de ampliação de sede própria e assistência social dos filiados. Nesse contexto, é ilícita essa retenção salarial, mesmo porque, com a retenção de 37% a título de indenização e ressarcimento de despesas, o empregador estaria transferindo ao empregado os riscos da atividade econômica, em evidente ofensa ao art. 2º da CLT. Ademais, o art. 457 da CLT é claro ao dispor que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ou cobradas pela empresa, e não prevê nenhuma outra destinação dessa verba. Assim, com fundamento nos arts. 9º e 457 da CLT, é inválida a cláusula do acordo coletivo que autorizou a retenção, pela reclamada e pelo sindicato, de parte das gorjetas arrecadadas. Portanto, tem o reclamante direito à devolução dos valores que lhe foram retidos, referentes às gorjetas. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. 2. INTERVALO INTRAJORNADA DE UMA HORA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL. Decisão recorrida contrária à Súmula nº 437, I, do TST (antiga OJ nº 307 da SBDI-1 do TST), que dispõe: “I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da

remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração”. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 337002620095050021, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 29/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/02/2014).

Pois bem, não se pode deixar de considerar que o mais favorecido com as novas disposições normativas é o próprio Estado, pois, a olhos vistos, o viés arrecadatário das modificações estabelecidas é mais do que manifesto. Quanto aos empregados, se, de um lado, serão beneficiários da inevitável tendência de incorporação das gorjetas nos seus contracheques (com os reflexos dessa agregação), por outro, experimentarão prejuízos ao sofrerem a retenção de parcela razoável desse montante, agora autorizada expressamente em lei. No que se refere aos empregadores, terão de entabular negociações coletivas detalhadas, especialmente quando insistirem em não incluir na nota de consumo o valor das gorjetas, além do cuidado redobrado com as imposições dos novos regramentos, sob pena do pagamento das penalidades agora inseridas na CLT.⁸

227

De todo modo, a lei é expressa no sentido de que o valor da gorjeta pertence *somente aos empregados* e de que as retenções autorizadas apenas podem servir para custear os encargos sociais, trabalhistas e previdenciários *derivados de sua integração à remuneração dos empregados*, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor dos trabalhadores. Portanto, os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas são e continuam sendo dos empregadores, todavia, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, estes poderão reter parcela das gorjetas para custeá-los apenas e tão somente *no “quantum” que for acrescido da sua integração à remuneração dos empregados*.

Sepultada, pois, definitivamente, qualquer possibilidade de desconto da verba para outras finalidades, como, por exemplo, despesas operacionais e indenizatórias, despesas com administradoras de cartões de crédito (quando a gorjeta é cobrada na nota de consumo) e repasses para

⁸ Em certa medida, as recentes diretrizes vão premiar os empregadores que já vinham integralizando a gorjeta no valor da remuneração, na medida em que poderão, doravante, legitimamente, reter percentual razoável do valor arrecadado para os fins apontados.

entidades sindicais obreiras, sob qualquer fundamento.

Conforme os dispositivos vigentes, as empresas devem anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o *percentual* percebido a título de gorjeta, bem como a *média dos valores das gorjetas* referente aos últimos doze meses (nas anotações mais gerais da CTPS).⁹ Por outro lado, caso cesse a cobrança da gorjeta, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho, o que, na prática, representa hipótese de remuneração que se incorpora ao salário, assumindo, então, esse atributo.

Ademais, na hipótese de violação, por parte dos empregadores, do disposto em várias previsões da nova regulamentação, estes deverão pagar ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) da média da gorjeta por dia de atraso, *limitada ao piso da categoria*, assegurados em qualquer hipótese o contraditório e a ampla defesa, conforme o que trata o §11 do art. 457 da CLT. Outrossim, essa limitação poderá ser triplicada em casos de reincidência.

Essas multas não se confundem com as penalidades administrativas impostas pela SRTE e tampouco com as *astreintes* fixadas pelo Ministério Público do Trabalho em seus ajustes ou obtidas em juízo. Elas hão de ser revertidas ao trabalhador prejudicado e, na prática, vão compor mais um item nos pleitos das reclamações trabalhistas, pois, certamente, serão os juízes do trabalho os responsáveis por sua aplicação. Não sem motivo, a legislação se refere ao contraditório e à ampla defesa.

Como quer que seja, a previsão dessas multas não afasta a possibilidade de o empregador responder por danos materiais e morais quando sua conduta, ao violar preceitos das novas disposições, acarretar danos aos empregados. Nos termos do art. 944 do Código Civil, a indenização é medida pela extensão do dano, conforme aplicação do velho princípio do *restitutio in integrum*; pelo que, se o empregado comprovar, por exemplo, que o empregador promoveu frequentes retenções indevidas do valor da gorjeta,

⁹ É uma mudança benéfica para os trabalhadores do setor que, doravante, terão mais facilidade de comprovar a renda e, assim, obter mais acesso ao crédito.

privando-o, assim, de parcela da remuneração e trazendo-lhe insuperáveis dificuldades em honrar suas obrigações mensais relativas às necessidades básicas como alimentação, moradia, higiene, transporte, educação e saúde, além da multa referida – que, nesse caso, servirá como patamar mínimo de reparação e independerá da prova de prejuízo –, caberá também a reparação por danos morais/materiais, como preconiza a jurisprudência em situações análogas:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATRASO SALARIAL REITERADO. O atraso reiterado de pagamento de salários configura dano moral presumido, tendo em vista que gera estado permanente de apreensão do trabalhador, que se vê incapaz de honrar seus compromissos financeiros bem como de prover suas necessidades básicas. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO DEMONSTRADA. Decisão em consonância com a Súmula 331, V, do TST. Recurso de revista não conhecido. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. Esta Corte já sedimentou o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 4148420145040611, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 03/08/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016).

229

O direito repugna qualquer tentativa de imposição de tarifas quanto aos valores reparatórios dos atos ilícitos, mesmo porque a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais, ao dispor, no seu artigo 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Este é o entendimento dominante nos pretórios:

1. PREPOSTO. DESCONHECIMENTO DOS FATOS. CONFISSÃO FICTA. Não atendida a previsão do parágrafo 1º do artigo 843 da CLT, qual seja, a de a reclamada fazer-se representar por preposto que tenha conhecimento dos fatos, tem-se por confessa a empresa quanto a matéria de fato. Incensurável, *in casu*, a *ficta confessio* aplicada pelo D. Juízo de origem. 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ASSÉDIO MORAL.

A doutrina e a jurisprudência têm apontado como elementos caracterizadores do assédio moral, a intensidade da violência psicológica, o seu prolongamento no tempo (tanto que episódios esporádicos não o caracterizam) e a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado, com a intenção de marginalizá-lo, pressupondo um comportamento premeditado, que desestabiliza, psicologicamente, a vítima. O direito à reparação do dano nasce a partir do momento em que ocorre a lesão a um bem jurídico extrapatrimonial, como a vida, a honra, a intimidade, imagem etc. No caso em questão restou evidenciada a conduta ilícita da reclamada, eis que comprovada nos autos a utilização de palavras de expressões injuriosas que não se justificam dentro de um ambiente comercial.

VALOR DA INDENIZAÇÃO. PARÂMETROS. Não existe no nosso ordenamento jurídico dispositivo legal fixando parâmetros ou mesmo valores para a indenização por dano moral. *Com o advento da Constituição Federal de 1988 não mais subsiste qualquer regra de tarifação da indenização por dano moral. Este é o entendimento do C.STJ manifestado na Súmula nº 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”*

A jurisprudência já sedimentou o entendimento de que a fixação do valor de indenização por dano moral deve ser feita por arbitramento (interpretação analógica do art. 953 do Código Civil), sendo que o órgão julgador deverá valorar aspectos como a gravidade do ilícito civil praticado, a repercussão do fato, a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), a capacidade econômica das partes envolvidas e a duração do contrato de trabalho. Além desses parâmetros, a doutrina e jurisprudência também apontam uma dupla finalidade para o quantum indenizatório: o valor deve proporcionar à vítima alguma compensação e ao mesmo tempo inibir o transgressor da prática de novos atos ilícitos. Acrescente-se, ainda, que na fixação desse valor indenizatório o órgão julgador deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade, a fim de encontrar um valor que não seja ínfimo, nem excessivo para que não se converta em meio de enriquecimento sem causa. (TRT-2 - RO: 00000640920125020034 SP 00000640920125020034 A28, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 12/02/2015, 12ª TURMA, Data de Publicação: 27/02/2015) (grifos nossos).

5 O PAPEL DOS ENTES SINDICAIS NA APLICAÇÃO DAS NOVAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS

Deliberadamente o legislador imputou à negociação coletiva o fundamental papel de definir o custeio e rateio das importâncias arrecadadas, sendo que, se inexistir previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, tais critérios e os percentuais de retenção previstos na norma serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 da CLT, a ser aplicado subsidiariamente. Portanto, a referida assembleia geral de trabalhadores, para alcançar eficácia, vai depender do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 dos trabalhadores interessados (dos empregados na empresa envolvida), e, em segunda convocação, de 1/3 destes, de forma que, mesmo sem a participação do sindicato de empregados, esses poderão pactuar acordo coletivo diretamente com o empregador. Em todo caso, nessas situações, por aplicação do art. 617 da CLT - de inarredável aplicação na hipótese, somente seria admissível essa negociação direta quando o sindicato, a federação e a confederação, embora convocados a assumirem os entendimentos com a empresa, não atenderem à solicitação. Pensar diferentemente seria desprestigiar as entidades de classe, desinvestindo-as do papel de defensoras dos interesses da categoria.

231

O descumprimento dessa regra implicará a nulidade do acordo pactuado, com drásticas consequências para os empregadores, especialmente porque serão obrigados a promover o estorno dos valores indevidamente retidos. Além disso, deve-se alertar que existem entendimentos jurisprudenciais no sentido de que, diante dos preceitos constitucionais, em especial o art. 8º, VI, da CF/88, a participação dos sindicatos é sempre obrigatória, não sendo autorizada a negociação coletiva diretamente com os empregados, mesmo em caso de recusa da(s) entidade(s) de classe:

ACORDO COLETIVO. PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA DO SINDICATO. O § 1º do artigo 617 da CLT não restou recepcionado pela Constituição de 1988, cujo art. 8º, VI, obriga a participação do sindicato dos trabalhadores na confecção de acordo ou convenção coletiva. A imperatividade da norma constitucional não autoriza seja recepcionado o dispositivo da CLT que permite a negociação coletiva diretamente com os empregados, em caso de recusa do sindicato de classe. Não há espaço para as duas normas conviverem harmonicamente; uma exclui a outra e nesse caso, por

óbvio, prevalece o dispositivo da Constituição Federal. E, ainda que assim não fosse, a prevalecer a tese pela conformidade da previsão contida no § 1º do art. 617 da CLT ao atual texto constitucional, particularmente ao disposto nos arts. 7º, XXVI c/c 8º, VI, ambos da CRFB/88, o ‘acordo’ entabulado pela empresa ré com a comissão de empregados não poderia, de toda sorte, ser convalidado, porquanto não foram observados os pressupostos específicos de existência e validade, previstos no art. 617, § 1º, da CLT, tal como noticiado nos documentos juntados às fls. 127 e 147. Recurso a que se nega provimento. (TRT-1 - RO: 00383004620095010201 RJ, Data de Julgamento: 01/02/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: 18/02/2016).

ACORDO SOBRE HORÁRIO E CONDIÇÕES DE TRABALHO CELEBRADO DIRETAMENTE ENTRE EMPRESA E EMPREGADOS - AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL - ALCANCE DE SUA VALIDADE. Embora a doutrina seja divergente quanto à sobrevivência dos dispositivos da CLT sobre a organização sindical e negociação coletiva pós Constituição Federal/88, no que toca ao art. 617, parágrafo 1º, da CLT, não há discrepância doutrinária quanto à não recepção do mesmo pela Carta Magna, posto não ser dado às partes celebrarem diretamente acordo “coletivo” sem a participação do sindicato dos empregados (art. 8º, VI, CR/88). Não tendo o sindicato profissional participado da negociação, não se tem por celebrado um legítimo acordo coletivo. Não obstante, as cláusulas benéficas incorporam-se ao contrato de trabalho, vez que consubstanciam obrigações assumidas livremente pelo empregador frente aos empregados. (TRT-3 - RO: 444803 02141-2002-032-03-00-5, Relator: Julio Bernardo do Carmo, Quarta Turma, Data de Publicação: 17/05/2003, DJMG . Página 16. Boletim: Sim.).

No âmbito do TST, de todo modo, a aplicação do art. 617 da CLT é admitida com muitas reservas: ela não dispensa a análise minuciosa do caso concreto, a fim de que se verifique a efetiva recusa na negociação coletiva, em tese, a ensejar as etapas seguintes previstas no aludido dispositivo:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA SEM A PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO. RECUSA EM NEGOCIAR NÃO COMPROVADA. SINDICATO PRETERIDO. INVALIDADE DO ACORDO DE JORNADA DE TRABALHO DE DOZE HORAS. O art. 8º, inciso VI, da Constituição Federal, ao declarar a participação obrigatória do sindicato na negociação coletiva de trabalho revela natureza de preceito de observância inafastável. Em verdade, a

própria CLT já trazia a exigência de participação do sindicato na celebração de convenção e de acordo coletivo de trabalho, conforme dispõem os arts. 611, caput e § 1º, e 613. Todavia, o art. 617 da CLT, nos moldes em que redigido, não se revela incompatível com a garantia constitucional, pois o ordenamento jurídico conteria lacuna de graves consequências caso não previsse solução para situações em que comprovadamente o sindicato não se desincumbe da nobre função constitucional. A recepção do artigo 617 da CLT, contudo, não dispensa a análise minuciosa do caso concreto, a fim de que se verifique a efetiva recusa na negociação coletiva a ensejar as etapas seguintes previstas no aludido artigo, e, em tese, se conclua pela validade de eventual ajuste direto com os empregados. Precedentes. Se os autos carecem da comprovação de que o sindicato recusou-se a negociar, e, ao contrário, a prova revela uma total preterição do sindicato na negociação coletiva, julga-se improcedente o pedido de declaração de validade de acordo de jornada de trabalho de doze horas celebrado diretamente com os empregados. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TST - RO: 82811720105020000 8281-17.2010.5.02.0000, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 12/08/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013).

Diante da fragilidade de muitos sindicatos obreiros do setor, é de se indagar quais as possibilidades e os limites da negociação coletiva, a fim de que os direitos e interesses dos trabalhadores do referido segmento econômico não sofram retrocessos e aviltamentos, a ponto de colidir com as previsões constitucionais que pairam, soberanamente, acima de qualquer pretensão e movimentos reformistas do legislador ordinário.

Em muitos casos, os garçons não são únicos destinatários finais das gorjetas, na medida em que parte do seu valor é destinada aos trabalhadores da cozinha, os cumins e demais auxiliares, segundo usos e costumes dos distintos locais e estabelecimentos. Daí o papel indispensável dos entes sindicais na definição, via instrumento coletivo, de quem serão os beneficiários e quais os critérios de rateio a serem aplicados: a divisão pelo sistema de “caixinha”, de pontos ou outro modelo, de modo que não faz mais sentido a estimativa uniforme das gorjetas, que, antes da modificação legal havida, habitualmente se praticava, especificamente em relação às gorjetas espontâneas, na medida em que as normas coletivas a serem pactuadas haverão de estipular parâmetros capazes de retratar, com a máxima fidelidade possível, o montante real dos valores arrecadados mensalmente (ou com

outra periodicidade).

Com efeito, em muitas situações, a “estimativa” fixada - lamentavelmente com a conivência de alguns entes sindicais obreiros -, não guardava correspondência com os valores reais auferidos, o que mereceu, em diversas ocasiões, a reprimenda das cortes trabalhistas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. GORJETAS. INTEGRAÇÃO. NORMA COLETIVA QUE FIXA VALOR MÍNIMO DAS GORJETAS PARA EFEITO DE REPERCUSSÕES. LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de contrariedade à Súmula 354 desta Corte. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. GORJETAS. INTEGRAÇÃO. NORMA COLETIVA QUE FIXA VALOR MÍNIMO DAS GORJETAS PARA EFEITO DE REPERCUSSÕES. LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Embora o art. 8º da Constituição Federal de 1988 tenha assegurado aos trabalhadores e empregadores ampla liberdade sindical, com reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI), as normas que possibilitam essa flexibilização não autorizam a negociação para fixar uma tabela mínima a título de estimativa do valor da gorjeta para as repercussões legais, principalmente quando muito divorciada da realidade (caso dos autos). É que falece à negociação coletiva poderes para restringir ou eliminar direitos fixados por lei, salvo autorização inequívoca desta. Ora, o art. 457 da CLT dispõe que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ao empregado ou cobradas pela empresa ao cliente. Assim, a existência de previsão legal sobre a matéria não abre margem à negociação coletiva para a supressão de direitos do trabalhador. *Desse modo, é inválida a cláusula do acordo coletivo que fixa uma tabela mínima a título de estimativa do valor da gorjeta para as repercussões legais - sem correspondência com os reais valores auferidos -, pois viola o direito à integralidade de tais valores aos empregados, nos exatos termos do art. 457 da CLT.* Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1164004420075020011, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 23/04/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/04/2014). (grifamos).

Segundo as lições de Maurício Godinho Delgado, a validade e eficácia jurídica de tais normas coletivas estão jungidas a limites claros e

objetivos, conforme determinações constitucionais inultrapassáveis e, além disso,

(...) ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas. (Delgado, 2017, p. 1.596). (grifamos).

Por isso, inadmissíveis previsões em cláusulas coletivas que pretendam alterar, por exemplo, a natureza jurídica das gorjetas, convertendo-as em verbas indenizatórias, excluindo sua integração às férias, ao 13º salário e ao FGTS, como apontam precedentes jurisprudenciais:

RECURSO DE REVISTA - GORJETAS - PAGAMENTO ESPONTÂNEO - ALTERAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICA MEDIANTE NORMA COLETIVA. Não têm validade as cláusulas coletivas que alteram a natureza jurídica das gorjetas de pagamento espontâneo, convertendo-as em verbas indenizatórias, excluindo sua integração às férias, 13º salário e FGTS. Isso, diante existência de norma cogente (art. 457, caput e § 3º, da CLT) no sentido de que as gorjetas, inclusive aquelas espontaneamente pagas pelos clientes aos empregados, integram a remuneração do trabalhador. SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA O acórdão recorrido está conforme a Súmula nº 357 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA 1. No tocante à assistência judiciária gratuita, o acórdão recorrido está em conformidade com a Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1. 2. Quanto aos honorários advocatícios, o Eg. Tribunal de origem contrariou a Súmula nº 219 do TST. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (TST - RR: 13324020105070031 1332-40.2010.5.07.0031, Relator: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 14/08/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013).

235

Sem dúvida, há um consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o poder conferido aos sindicatos para celebrar novas normas e condições de trabalho apenas se legitima quando capaz de ampliar o espectro de proteção já consagrado pelo direito em vigor, pois, à exceção dos preceitos que contemplam regras de flexibilização previstas na esfera constitucional (art. 7º, VI, XIII e XIV), não existe amparo legal para

que se introduzam disposições que possam ensejar o rebaixamento dos padrões já inscritos na legislação vigente. Melhor dizendo, o princípio da proteção impõe limites objetivos ao poder negocial coletivo, os quais estão concretizados nos parâmetros mínimos legalmente fixados, de tal maneira que inafastável, como requisito para a validade do instrumento negocial coletivo, a necessidade de contrapartida proporcional aos trabalhadores afetados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REDUÇÃO SALARIAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. CONTRAPRESTAÇÃO EM FAVOR DO EMPREGADO. AUSÊNCIA. INVALIDADE. 1. A iterativa, notória e atual jurisprudência do TST posiciona-se no sentido de que a flexibilização das condições de labor realizada mediante norma coletiva, no que diz respeito à redução salarial, exige uma contraprestação em benefício do empregado. 2. Caso inexista a concessão de qualquer vantagem, caracteriza-se verdadeira renúncia de direito indisponível assegurado pela Constituição Federal (art. 7º, VI), o que resulta na invalidade da norma coletiva. Precedentes. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR-607-44.2011.5.01.0076 Data de Julgamento: 19/08/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015).

RECURSO DE REVISTA. REDUÇÃO SALARIAL. NORMA COLETIVA INVÁLIDA POR SE CARACTERIZAR COMO MERA RENÚNCIA. O acordo e a convenção coletiva de trabalho, reconhecidos expressamente pela CF como fontes formais do Direito do Trabalho, não se prestam a validar, a pretexto de flexibilização, a supressão ou a diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. Com efeito, a flexibilização das condições de trabalho apenas pode ter lugar em matéria de salário e de jornada de labor, desde que isso importe uma contrapartida em favor da categoria profissional. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional considerou inválida a cláusula do acordo coletivo de trabalho que previa a redução salarial sem qualquer contrapartida. Incólumes, portanto, os dispositivos invocados. Precedentes desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (RR-71-16.2011.5.01.0017 Data de Julgamento: 26/03/2014, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/03/2014).

Em relação aos preceitos da nova regulamentação, conforme abordado anteriormente, caso cesse a cobrança da gorjeta, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo

como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho. No particular e à luz das ponderações lançadas, seria absolutamente inadmissível e nula de pleno direito cláusula negocial que pretendesse suprimir/reduzir essa incorporação ou aumentar o prazo mínimo de carência previsto legalmente. Quando muito, a norma coletiva poderá adotar critério mais favorável ao estabelecido no preceito legal, a ser apurado em cada situação concreta.

O legislador fixou, além disso, regramento adequado e de grande relevo prático: para empresas com mais de sessenta empregados, o dever de constituir comissão de empregados, mediante determinação em convenção ou acordo coletivo de trabalho, a fim de acompanhar e fiscalizar a regularidade da cobrança e distribuição das gorjetas. Esses representantes hão de ser eleitos em assembleia geral convocada para tal mister pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para as quais foram escolhidos. Quanto às demais empresas, determinou-se que será constituída comissão intersindical para a mesma finalidade.

Vê-se, pois, que foi criada uma nova hipótese de “estabilidade provisória”, qual seja, a dos membros da comissão de acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta. Como a lei se refere à necessidade de eleição dos representantes obreiros por parte de assembleia geral dos trabalhadores, é evidente que todos os eleitos gozarão da garantia de emprego, a inviabilizar a ruptura contratual arbitrária por parte do empregador. Ao mencionar que se tratará de comissão de representantes eleitos, compreende-se que deverá contar com, *no mínimo*, dois membros, os quais gozarão da referida estabilidade, cujos contornos hão de ser estabelecidos na norma coletiva. Esta vai definir o período de estabilidade (com desejável previsão de que seja fixada desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato) e o número dos seus integrantes, bem como os critérios de escolha dos membros.

Aliás, a esse propósito, existem dificuldades práticas que deverão ser enfrentadas pelas normas coletivas, como os casos de redes de restaurantes e hotéis com unidades em vários municípios ou mesmo distintas unidades da Federação, o que vai exigir o devido cuidado e atenção quanto ao funcionamento da referida comissão em situações dessa natureza, para que

não se transforme em um órgão somente para “inglês ver”, desprovido de qualquer utilidade concreta e efetividade.

Decerto, no plano ideal, seria mister a definição precisa, na norma coletiva, dos poderes e atributos dessa comissão de acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, com expressa indicação de quais providências deve adotar caso apure eventuais ilicitudes, com previsão, ainda, da possibilidade de exame da contabilidade da empresa por profissional habilitado e credenciado pela entidade,¹⁰ mesmo porque são práticas habituais de qualquer entidade fiscalizatória digna desse nome.

Em relação à comissão intersindical prevista para empresas com menos de sessenta empregados, a ser constituída igualmente para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, o legislador foi demasiado lacônico ao estatuir seu figurino.¹¹ Como quer que seja, contará com representantes dos sindicatos obreiros e patronais, sendo que, no caso dos primeiros, por certo deverão gozar também da estabilidade no emprego: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Se para empresas de maior porte o membro da comissão goza de estabilidade - conferida não como vantagem pessoal do escolhido, mas como atributo do comissionamento, que lhe permitirá exercer com independência e desenvoltura seu mister fiscalizatório -, por maiores razões o membro da comissão intersindical fará jus a essa garantia.¹²

No atual quadro sindical brasileiro, é bem provável que a lei demore a alcançar efetividade nos pontos acima delineados e, como a experiência tem revelado, há o risco de celebração de normas coletivas que ultrapassem os limites na normatividade constitucional, o que vai exigir redobrado esforço de órgãos estatais de controle e, em especial, do Ministério Público do Trabalho que, diuturnamente, tem lançado mão de ações anulatórias de

¹⁰ Quando se trata das gorjetas cujos valores sejam gerenciados pelo empregador.

¹¹ Uma providência salutar seria a criação de um DISK-DENÚNCIA por parte dos sindicatos profissionais, para receber reclamações contra empresas que porventura não repassem o valor das gorjetas ou o façam irregularmente.

¹² Como existe em relação aos representantes dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia.

cláusulas convencionais e ações civis públicas também com tal desiderato, quando estas violam os direitos coletivos ou os direitos indisponíveis dos trabalhadores.

6 A ATUAÇÃO DA PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO: O PROJETO “GORJETA LEGAL” E O PROJETO “GORJETA E CONDENAÇÕES JUDICIAIS”

Em meados de 2012, a Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região (BA) recebeu expediente da Receita Federal do Brasil dando conta que boa parte dos maiores restaurantes de Salvador (considerando o faturamento respectivo) havia sido autuada pela conduta de não incorporar o valor da gorjeta na folha de pagamento e, por consequência, deixar de adimplir a contribuição previdenciária na sua integralidade. Na ocasião, à luz dessa notícia, de fato, o colegiado da Regional aprovou o projeto “Gorjeta Legal” e esta unidade do Ministério Público do Trabalho instaurou, de ofício, dezenas de inquéritos civis para investigar as referidas empresas, mesmo porque restou evidenciado que, se não integravam os valores referidos à remuneração para fins previdenciários, tampouco promoviam os depósitos do FGTS e respeitavam os devidos reflexos da verba aludida, nos termos da Súmula n. 354 do TST.

239

Em dois anos de duração, no bojo do aludido projeto foram celebrados vários termos de ajuste de conduta e propostas várias ações civis públicas, a maiorias das quais com pedidos julgados procedentes.

Logo em 2014, com o intuito de expandir essa atuação, a Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região aprovou um novo projeto: “Gorjeta e condenações judiciais”, dessa feita a partir da identificação das empresas que haviam sido condenadas em juízo pela conduta de não integrar as gorjetas na folha de pagamento e recibos para fins de adimplemento de reflexos em 13º salário, férias com 1/3 e FGTS.

Ainda em andamento, no âmbito desse projeto foram, da mesma forma, instaurados diversos procedimentos investigativos, celebrados ajustes de conduta e ajuizadas ações coletivas para integração das gorjetas nas

mencionadas rubricas. Além de outros pleitos e de condenação em danos morais coletivos, as ações coletivas mencionadas pleiteavam as seguintes obrigações a serem impostas às rés: a) incluir, mensalmente, o valor integral das gorjetas nos recibos de pagamento dos trabalhadores que recebem essa verba; b) adimplir aos trabalhadores que recebem gorjetas os reflexos destas em 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3 e c) promover, mensalmente, os recolhimentos relativos ao FGTS sobre o valor integral das gorjetas e sobre os reflexos nos 13ºs salários e férias acrescidas de 1/3, assim como recolher as contribuições previdenciárias sobre o valor das gorjetas, incluindo-as na GFIP mensal enviada ao INSS.

Agora, diante das mudanças empreendidas pela Lei n. 13.419/2017, esta unidade do Ministério Público do Trabalho já adequou suas minutas de Termos de Ajuste de Conduta para estabelecer as seguintes cláusulas a serem cumpridas pelas empresas compromissárias:

1.1 Incluir, mensalmente, o valor integral das gorjetas nos recibos de pagamento dos trabalhadores que recebem essa verba;

Parágrafo único- Nas hipóteses em que não exista controle da compromissária sobre os valores arrecadados, devem ser atendidos os critérios estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, em assembleia geral dos trabalhadores.

1.2 Utilizar critérios objetivos para o rateio e a distribuição do montante das gorjetas, conforme definido em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, em assembleia geral dos trabalhadores.

1.3 Abster-se de promover retenções sobre os valores das gorjetas, salvo percentual para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas, derivados da sua integração à remuneração dos empregados, desconto este condicionado ao atendimento concomitante aos seguintes requisitos:

I - Haver previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou, na falta destes instrumentos, ter sido aprovado em assembleia geral dos trabalhadores;

II – Ser limitado a:

- a) 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado;
- b) 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente,

para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado;

III – Ter sido constituída comissão para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, na forma do § 10 do art. 457 da CLT.

1.4 Adimplir aos trabalhadores que recebem gorjetas os reflexos destas em 13^{os} salários e férias acrescidas de 1/3 e promover, mensalmente, os recolhimentos para o FGTS e previdenciários sobre o valor integral das gorjetas e sobre os reflexos nos 13^{os} salários e férias acrescidas de 1/3.

1.5 Comprovar o cumprimento do presente termo, sempre que assim requisitado pelo Ministério Público do Trabalho, no prazo que for assinalado pelo oficiente.

Com efeito os dois projetos foram e estão sendo muito importantes no combate à fraude consistente da não integração da gorjeta à folha de salários e tem permitido ao Ministério Público do Trabalho desenvolver uma atuação uniforme e articulada, alcançando boa parte do segmento econômico aludido, com manifestos ganhos para a sociedade e todos os atores concernidos.

241

Paralelo a essas iniciativas, os procuradores do trabalho envolvidos nos projetos referidos promoveram e continuam promovendo reuniões com entes sindicais, obreiros e patronais, além de outras entidades, como a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes - ABRASEL, para debater as novas regras de regulamentação das gorjetas, mesmo porque os instrumentos de negociação coletiva ganharam enorme relevância e, enquanto tais, hão de estar em conformidade com o estuário constitucional e normativo vigentes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para centenas e milhares de profissionais que labutam em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares, a percepção das gorjetas representa a parte mais expressiva da remuneração que auferem. Por tal razão, é fundamental avançar na compreensão do alcance e limites que as mudanças legislativas vão promover nas vidas desse enorme contingente de trabalhadores. Com efeito, as alterações promovidas na CLT pela Lei n. 13.419/2017 demandam uma exegese que preserve o que há de mais

expressivo na legislação trabalhista e que constitui a sua principal razão de ser: o princípio da proteção ao trabalhador.

A CLT é a única regulação geral que sobreviveu à era Vargas e, ao longo de décadas, se incorporou ao imaginário do povo brasileiro, como uma conquista das classes trabalhadoras, de tal modo que a própria formação da classe operária no Brasil não pode ser compreendida sem se considerar a intervenção estatal nas relações de trabalho. Ademais, longe de ser uma outorga das classes dirigentes, como propugnavam os ideólogos do Estado Novo, sua aprovação foi a resultante de dois vetores: a iniciativa de um estado nacional fraco que buscava uma base social de apoio e a pressão exercida pelo movimento operário dos anos 30, que se formou na esteira do processo de industrialização então em curso naquele período histórico (FRENCH, 2001).

O grande dilema e risco na reconstrução das relações capital e trabalho em nosso país é que muitas das propostas apresentadas e normas modificadoras da legislação vigente pretendem, em linhas gerais, transferir para os ombros do trabalhador o custo dos ajustes estruturais na economia globalizada. Por isso, a indispensável cautela que o intérprete e aplicador do Direito deve se investir ao apreciá-las e ao efetivá-las: espera-se que o faça com olhos postos nos valores insculpidos na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FRENCH, John D. **Afogados em leis**. A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: **Direito e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Marques Neto, Agostinho Ramalho *et alli*. Curitiba: Edibej, 1996.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **As gorjetas no direito brasileiro do trabalho**. São Paulo:

LTf, 1982.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 154.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A gorjeta**. Ed. fac-similar. São Paulo: LTf, 1994.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

A PROBLEMÁTICA DO AUMENTO DA LITIGIOSIDADE NO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA: POSSÍVEIS CAUSAS E AÇÕES DE CONTENÇÃO A PARTIR DO MÚLTIPLO OLHAR DOS ATORES SOCIAIS ENVOLVIDOS

*Ricardo Jahn*¹

*Rodrigo Goldschmidt*²

Resumo: Crescente aumento da litigiosidade. Reflexos sociais e jurídicos na Justiça do Trabalho. A cultura do “jeitinho” brasileiro. A disfuncionalidade do Estado e o ativismo judicial. Causas sociais de aumento da litigiosidade. Possíveis condutas da Justiça do Trabalho que contribuem com o aumento da litigiosidade. Fatores do aumento da litigiosidade segundo a ótica dos diversos atores que militam na Justiça do Trabalho. Saindo da inércia: possibilidades de atuação do Poder Judiciário Trabalhista para contribuir com a diminuição da litigiosidade.

245

Palavras Chave: Litigiosidade. Justiça do Trabalho. Causas. Visão dos atores sociais.

1 INTRODUÇÃO

O crescente aumento da litigiosidade social, com reflexos e aumento de demandas perante o Poder Judiciário brasileiro, é algo que preocupa os diversos setores da sociedade. Tal realidade, em relação ao Poder Judiciário trabalhista, não é diferente.

Sob o aspecto econômico e social, as demandas judiciais preocupam os investidores/empreendedores para quem, além do futuro ser incerto,

¹ Mestrando em Direito pela UNESC. Gestor Auxiliar Nacional do Programa Trabalho Seguro do TST. Gestor Regional do Programa Trabalho Seguro do TRT 12. Juiz do Trabalho Substituto do TRT 12.

² Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito pela UFSC. Professor e pesquisador do Mestrado Acadêmico em Direito da UNESC. Juiz do Trabalho Titular do TRT 12.

também o passado o é, diante de eventual passivo empresarial. Assim, a própria economia acaba por contabilizar eventuais passivos e custos de litígios, incorporando tais custos no valor dos produtos/serviços, de modo a aumentar os preços, diminuindo a competitividade.

A geração e manutenção de empregos, diante dos altos custos fiscais, tributários e trabalhistas, agregado ao emaranhado legal incidente, acaba por impor a todos, investidores, empregadores e trabalhadores, situações de incertezas sobre economia, bem como a instabilidade social.

Isso colocado, o presente estudo pretende apontar e compreender os principais fatores responsáveis pelo aumento da litigiosidade na seara da Justiça do Trabalho, colhendo-se o enfoque de atores que nela militam, nomeadamente empregados, empregadores, sindicatos profissionais, sindicatos econômicos, Ministério Público do Trabalho e Magistratura Trabalhista.

²⁴⁶ Para tanto, aplica-se um questionário básico, com o fito de levantar os aludidos fatores para, num segundo momento, traçar algumas considerações críticas sobre eles.

O trabalho é de relevância social e atual, considerando o custo social imposto à sociedade e a demora na efetividade judicial, congestionada pelo excesso de demandas. Tais situações importam em uma prestação jurisdicional tardia, situação que pode configurar uma “injustiça”. Por outro lado, sob o olhar patronal, a facilidade de acesso à justiça e o excesso de demandas têm permitido o uso abusivo do direito de ação, com pretensões e pedidos em excesso.

A metodologia empregada é indutiva, subministrada pela pesquisa bibliográfica de campo e exploratória-crítica.

2 CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA DO AUMENTO DA LITIGIOSIDADE PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO

Num primeiro impulso, entende-se que as questões relativas à litigiosidade (e seu aumento) são multifatoriais, inclusive englobando aspectos culturais e legais.

Sob o aspecto cultural, acredita-se que há questões sociológicas que envolvem a formação social do indivíduo (cultura do individualismo), cujas práticas indicam a ausência de valores morais básicos, iniciando pelo famoso “jeitinho” brasileiro para o descumprimento das obrigações sociais, econômicas e morais (principalmente as vantagens de cunho econômico).

Rosenn realiza estudo sobre as vertentes positivas e negativas do uso do “jeito” brasileiro nos diversos setores da vida econômica e social do País. O estudo remonta as origens da colonização e da própria cultura portuguesa. A autora afirma que o “jeito” pode ser subdividido em, pelo menos, cinco tipos diferentes de comportamento:

- (1) O servidor público que deixa de cumprir seu dever legal em troca de vantagens pecuniária ou promoções funcionais; e.g., o funcionário declara vencedor de uma licitação para executar obra pública o proponente que lhe oferece o maior suborno.
- (2) O particular que emprega um subterfúgio para frustrar a prestação de uma obrigação legal sensata e justa (no sentido objetivo); e.g., um exportador que subfatura uma remessa, e recebe o restante do pagamento no exterior em moeda estrangeira, a fim de evadir-se do controle de câmbio e dos impostos sobre uma parte dos seus lucros.
- (3) O funcionário público que cumpre suas obrigações com rapidez somente mediante vantagens pecuniárias ou promessas de promoção; e.g., um funcionário que se recusa a renovar uma carteira de motorista, a menos que receba uma gorjeta ou conheça o requerente.
- (4) O particular burla uma lei irrealista, injusta ou economicamente ineficiente; e.g., um empréstimo realizado sob o disfarce de uma sociedade de participação ou a exigência de que os mutuários mantenham saldos bancários com juros abaixo de mercado, com o objetivo de evitar a sanção da lei de usura que limita os juros legais a um índice bem inferior aos de mercado.
- (5) O servidor público que foge do cumprimento de seu dever em razão de sua convicção de que a lei é irrealista, injusta ou economicamente ineficiente; e.g., um fiscal trabalhista que fecha os olhos para a infração cometida por uma firma localizada em área de alto índice de desemprego, a qual paga aos empregados salários inferiores ao mínimo exigido por lei, sob a justificativa de que o estrito cumprimento da lei provavelmente acarretaria demissão em massa ou até mesmo o fechamento da empresa. (ROSENN, 1998, p. 13-4)

E arremata: “Esses componentes do ‘jeito’ não comportam estigma; pelo contrário, eles fazem o ‘jeito’ uma instituição brasileira altamente compensadora” (ROSENN, 1998, p. 15).

Assim, verifica-se que a cultura do “jeito” ou “jeitinho” brasileiro impregnou as relações sociais de longa data, seja relativo às práticas dos particulares como na administração pública.

No tópico sobre a falta de responsabilidade cívica e o personalismo, a autora registra:

A proposta de que a lei deveria ser aplicada igualmente e impessoalmente a todos os cidadãos entra em conflito com essa herança portuguesa. A postura dominante é espelhada pelo conhecido adágio brasileiro: “Para os amigos tudo, para os indiferentes nada, e para os inimigos a lei”. Laços de família e amizade frequentemente impõem ao burocrata brasileiro certa obrigação de “torcer” a lei. A obrigação de executar a lei de forma correta é geralmente relegada a segundo plano. (grifos nossos)(ROSENN, 1998, p. 42-3).

O que se vê, também nas relações trabalhistas, é o descumprimento de muitas obrigações, com objetivo de auferir vantagens econômicas. Algumas vezes de modo colaborativo pelas partes; outras, de modo autoritário por uma das partes; outras vezes em comunhão de esforços para prejudicar terceiros, ou escusar-se do cumprimento dos deveres legais.

Ainda, sob o aspecto cultural temos a cultura da litigiosidade, em que a sociedade se mostra incapaz de resolver os pequenos conflitos que são criados, levando tudo para solução do Poder Judiciário.

A respeito da cultura infracional, considerações importantes são realizadas por Basilone Leite:

O sistema autoritário de dominação estatal produz certos efeitos inevitáveis de ordem psicossocial, dentre os quais importa destacar dois, que interessam para o estudo da transição democrática pois continuam a influenciar as relações políticas e sociais mesmo depois do término da ditadura. Esses dois efeitos importantes são: a cultura autoritária e a cultura infracional, ambas expressas pelo desrespeito cotidiano aos direitos dos cidadãos, inclusive o desrespeito mútuo entres os próprios cidadãos. (LEITE, 2004, p. 86)

E conclui: “O autoritarismo, portanto, tem como efeitos inevitáveis e duradouros a violência (cultura autoritária) e a corrupção (cultura infracional)” (LEITE, 2004, p. 86).

De outra sorte, a formação acadêmica dos profissionais do direito, que são preparados para o conflito, e não para a composição, constitui-se

fator igualmente decisivo para o aumento dos conflitos.

Moura também comunga de tal pensamento:

É pouco comum uma visão do Direito que não o veja através de seu aspecto litigioso e sendo assim através de seu método judicial de solução de conflito, o processo, e através de seus personagens, o juiz, o promotor, o advogado, o autor, o réu. Mas o direito não é só conflito, e nem todo conflito exige como única possibilidade de solução a judicial. Apresentar o Direito de uma forma menos litigiosa, dar a mesma importância a disciplinas como filosofia, sociologia, psicologia, entender que o direito material é efetivamente desvinculado do direito adjetivo - não se ensina direito civil para ajuizar uma ação, não se ensina direito do trabalho para se propor uma Reclamação -, e compreender que a solução de um conflito não deságua necessariamente no Poder Judiciário, são os desafios que devemos empreender na formação do profissional do direito³. (grifos nossos)

Sob o aspecto legal, a complexidade e a falta de clareza da legislação são ingredientes que aumentam a litigiosidade. Podemos verificar, em breve análise, diversas “dúvidas” legais existentes no nosso ordenamento jurídico, diante dessa complexidade. Por exemplo, temos a questão relativa à base de cálculo do adicional de insalubridade que há décadas vem gerando discussões e alimentando os processos judiciais (qual a base de cálculo? Não seria fácil o legislador esclarecer de forma definitiva?⁴). Nesse emaranhado legislativo (Constituição Federal, leis, regulamentos, decretos, portarias, instruções normativas), jurisprudencial (súmulas, orientações jurisprudenciais, instruções normativas) e doutrinário, a dúvida sobre qual a norma/interpretação efetivamente incidente acaba por gerar/alimentar conflitos.

249

³ <http://www.mediacaoadvocacia.com.br/artigos-juridicos/meios-alternativos-de-solucao-de-litigios-62>

⁴ Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) Súmula Vinculante nº. 4 STF. “Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

3 POSSÍVEIS CONDUTAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO QUE CONTRIBUEM COM O AUMENTO DA LITIGIOSIDADE

Sobre esse enfoque, cumpre-se ventilar criticamente alguns comportamentos da Justiça do Trabalho, que podem estar contribuindo para aumentar a litigiosidade nas relações sociais trabalhistas.

Um fator atribuível ao Judiciário Trabalhista se dá quando, à luz do caso concreto, reconhece direitos nas lacunas legislativas (omissão legislativa), gerando novas expectativas para a classe profissional e, conseqüentemente, o aumento de demandas, como é o caso de algumas demandas que reconhecem o direito a um *plus* salarial ao empregado na hipótese do chamado “acúmulo de função”. Este “ativismo judicial”, em que pese baseado em princípios trabalhistas e constitucionais, que acontece nas sentenças trabalhistas, causa insegurança jurídica, expectativa de direito e pode criar/aumentar os litígios.

250

Outro fator pode ser considerado a própria dinâmica do sistema de resolução judicial de conflitos, o qual permite que acordos judiciais sonheguem contribuições previdenciárias e fiscais, com inclusão de parcelas de natureza indenizatória, a margem do efetivo fundamento dos termos dos acordos, por disposição das partes. Essas situações permitem que o empregador que tenha descumprido suas obrigações, diante de uma ação judicial na Justiça do Trabalho, “quite” o débito, inclusive com valores menores. Ademais, pode ainda apostar no eventual não ajuizamento de ação, quando a vantagem pelo descumprimento será maior.

Outro fator que contribui para o aumento das demandas ocorre quando, diante de uma condenação trabalhista, não se tomam providências de autuação da empresa pelas irregularidades constatadas. A simples condenação trabalhista é quase que uma “vantagem” que muitas vezes conta com a demora na efetividade da prestação jurisdicional e, agregado ao tópico anterior, não se exige de forma efetiva que outros órgãos governamentais, de controle e fiscalização, adotem efetivas providências para regularização.

Outro ingrediente a ser considerado é que a Justiça do Trabalho tem relatado em combater a atuação irregular dos atores processuais, que

procuram obter vantagens indevidas, seja para receber eventuais direitos ou sonegar direitos, utilizando-se da legislação processual. Por exemplo, quando o autor formula pedido desprovido de fundamento, mas “tenta” contar com uma falha na defesa para que tal direito seja acolhido, ou mesmo quando a defesa formula defesas genéricas, como meio de contestar o pedido, em que pese ser desprovido de qualquer fundamento de direito. Nestes casos, não poderia haver relutância na declaração de litigante de má-fé e imposição de multas processuais.

Por fim, em que pese tratar-se exemplificativamente de referências, outro fator ocorre quando a Justiça do Trabalho prolata decisões divergentes para situações idênticas (situação material). Isso ocorre quando temos dois trabalhadores nas mesmas condições de trabalho, mas que, diante da prova produzida, para um é reconhecido o direito, e para outro não. A norma processual, ao tratar individualmente os litígios permite que o processo reproduza de modo diverso os fatos da vida real. Deste modo, diante da norma processual está correta a decisão judicial, mas sob a ótica social inexistente tal compreensão, quando coletivamente considerado.

251

Nada obstante esse panorama, a Justiça do Trabalho tem mostrado preocupação com o atual cenário da litigiosidade.

A Instituição vem discutindo no âmbito interno tal fato social e está avaliando qual a contribuição pode dar, inclusive rediscutindo o efetivo papel da instituição.

Inúmeras são as ações institucionais que vêm sendo realizadas pelos Magistrados em programas institucionais de conscientização (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, Programa Trabalho Seguro e outras ações conexas realizadas pelos magistrados em escolas, universidades, empresas, sindicatos e outras instituições) visando aproximar o Poder Judiciário da sociedade.

A finalidade e objetivos do Programa Trabalho Seguro do TST⁵, são de aproximar a Justiça do Trabalho dos atores sociais e conscientizar que a prevenção é a melhor opção para todos, de modo a evitar a ocorrência de acidentes de trabalho, valorizando a saúde e a vida dos trabalhadores.

⁵ <http://www.tst.jus.br/trabalho-seguro>

Do mesmo modo, o Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem, da Justiça do Trabalho⁶ visa aproximar a Justiça do Trabalho da sociedade e conscientizar sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, a fim de garantir a esses jovens um futuro digno e equilibrado.

Tal aproximação objetiva mudar o modo como a instituição é vista pela sociedade e outros poderes/instituições, procurando conscientizar os atores sociais da necessidade de mudança comportamental, cultural e social, de modo vivermos em uma sociedade mais humana, justa e fraterna, com conseqüente diminuição dos conflitos/litígios.

4 OS FATORES DO AUMENTO DA LITIGIOSIDADE SEGUNDO A ÓTICA DOS DIVERSOS ATORES QUE MILITAM NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em recente evento da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12^a Região (TRT12) – Módulo Regional da 3^a Região Socioeconômica – realizado em Criciúma, no dia 12-5-2017, foram convidados representantes de diversos segmentos que atuam na Justiça do Trabalho para manifestarem suas opiniões e posicionamentos acerca do tema: a crescente litigiosidade no Poder Judiciário Trabalhista.

Participaram do encontro um representante do Ministério Público do Trabalho, um representante da classe patronal (ramo cerâmico), um representante da classe de empregados (ramo da construção civil), um advogado do Sindicato dos Empregados das Indústrias Plásticas e um advogado do Sindicato dos Empregadores do Ramo de Transportes.

Elaborado um questionário para nortear a primeira parte do encontro, quando se visava oportunizar a manifestação de cada um dos participantes, as respostas apresentadas e enviadas por *e-mail* antes do evento são as que seguem.

Registra-se que, no decorrer do evento, os convidados puderam ampliar as considerações referentes aos seus registros. Transcreve-se⁷, a

⁶ <http://www.tst.jus.br/web/trabalho-infantil/programa>

⁷ N.E. Para a leitura ser fluente, optou-se por transcrever no corpo do artigo sem recuo de

seguir, primeiramente o questionário e, após, as respostas dos convidados⁸, os quais previamente concordaram com a publicação de seus registros em eventual trabalho acadêmico, no caso, o presente estudo:

Questões relativas à litigiosidade

1. Qual, no seu entender, é a razão da litigiosidade (e/ou aumento) na nossa sociedade, nos tempos atuais?
2. A categoria a que pertenço, tem contribuído para aumentar/diminuir a litigiosidade nas relações sociais trabalhistas? Por que? Quais as ações realizadas?
3. Qual a(s) contribuição(ões) que a categoria a que pertenço poderia dar, para diminuir a litigiosidade nas relações sociais trabalhistas?
4. Como é vista, pela categoria a que pertenço, a atuação do Poder Judiciário Trabalhista. Tem contribuído para o aumento da litigiosidade?
5. Os efeitos da litigiosidade causam sobrecarga na efetividade do processo trabalhista. Quais as ações que poderiam reduzir a ocorrência dos litígios?
 - a. materialmente (ações sociais, mudança na legislação, cultura, outras);
 - b. processualmente (ações de ordem processual. Ex: aplicação de litigância de má-fé, cobranças de custas, outras)”.

253

Respostas dos convidados

- a. Respostas apresentadas pelo Advogado Edson Mendes, representante do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Plásticas Descartáveis e Flexíveis, Químicas e Farmacêuticas de Criciúma e Região:

parágrafo e fonte de letra com tamanho menor.

⁸ N.E. Autorizada, por meio de termo previamente assinado pelos convidados, a publicação das respostas.

1. A Cultura do Litígio – Vislumbra-se diante de tal desiderato, que todo e qualquer conflito merece ser apreciado pelo Poder Judiciário, embora possa-se utilizar de outros meios cabíveis para dirimir eventuais controvérsias na seara trabalhista.

De fato, há como se diminuir o volume de litígios, desde que sejam utilizados, para a pacificação das disputas de menor complexidade, outras instâncias sociais preparadas para tal mister. Evidentemente, comissões permanentes de conciliação pré-processo (com a participação da empresa, trabalhador, seus respectivos assessores jurídicos e um membro do judiciário) talvez seja um caminho.

2. O Aumento da Demanda Jurisdicional – evidentemente, a partir de 1988, com a ampliação dos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, que foram viabilizados pela garantia do acesso à Justiça e pela inafastabilidade da jurisdição.

Não há como se negar que a conscientização da população sobre seus direitos contribui para que haja um esforço para o exercício real da cidadania. Neste norte, se o Estado amplia os direitos do cidadão, como natural decorrência deverá assegurar a sua plena fruição, o que atrai maior relevância ao próprio Poder Judiciário.

3. A Insegurança Jurídica – o excesso de edição de leis (normas) e a lentidão dos Tribunais Superiores, em especial, o STF no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e matérias com repercussão geral, contribui para o enfraquecimento de decisões efetivas.

Somente para citar um dado importante, veja-se que em julho do ano de 2016, o STF possuía 320 repercussões gerais repressadas, provocando o sobrestamento de, aproximadamente 1.500.000 (um milhão e meio) de processos que aguardavam decisões nas demais instâncias do Judiciário. Há que se levar em conta, ainda, o tempo médio para os julgamentos das repercussões gerais, que hoje encontra-se em 12 anos, o que é inadmissível.

4. Fiscalização – A Superintendência Regional do Trabalho em Santa Catarina, possui atualmente 82 (oitenta e dois) fiscais do trabalho nos dias de hoje, assim distribuídos:

Na Sede em Florianópolis – 34 Fiscais

Gerência de Blumenau – 14 Fiscais

Gerência de Chapeco – 13 Fiscais

Gerência de Criciúma – 7 Fiscais

Gerência de Joinville – 16 Fiscais

Gerência de Lages – 7 Fiscais

Não se pode perder de vista que, além das atividades no estado, a Secretaria de Inspeção do trabalho em Brasília, convoca os Fiscais do Trabalho dos Estados para Grupos móveis que fiscaliza em todo o país, o Trabalho Escravo, o Combate ao Trabalho Infantil, Grandes Levantamento de Débito e Grandes Obras.

255

Com toda esta movimentação, em certo momento temos Gerências com apenas 02 fiscais na fiscalização para 44 municípios, como é o caso aqui, de Criciúma, por exemplo.

Estudos indicam que o quadro efetivo de Fiscais do Trabalho ideal seria, de no mínimo, 290 (duzentos e noventa) fiscais.

No ano de 2016, com o quadro de 82 (oitenta e dois) Fiscais do Trabalho, a convocação de parte deles para o desenvolvimento junto a grupos móveis em outros estados, a Secretaria de Relações do Trabalho de Santa Catarina efetuou apenas 4.252 (quatro mil, duzentos e cinquenta e duas) fiscalizações, alcançando 1.806.233 (um milhão, oitocentos e seis mil, duzentos e trinta e três) empregados, resultando na emissão de 575 (quinhentos e setenta e cinco) notificações.

5. Inobservância das Normas Trabalhistas – Os direitos trabalhistas são amplamente inobservados em nosso país, com alto grau de informalidade nas relações trabalhistas, sendo,

certamente, a principal causa do “excesso de judicialização”.

Infelizmente, o descumprimento das regras inerentes à relação de trabalho e emprego, de todo o gênero, evidentemente, mais pelos empregadores, não tem produzido a aplicação de sanções que permitam desestimular os agentes infratores. Ao contrário, a ausência de penalidades enérgicas, pode ter contribuído com o desenfrear de disputas judiciais, uma vez que resulta em benefícios econômico-financeiros aos patrões que, sinaliza como um benefício a tais agentes.

Naturalmente, quando o descumprimento da legislação do trabalho implicar em sanção elevada que desestime a prática de atos infracionais, passarão as partes envolvidas a cumprir voluntariamente a lei. A partir disso, ficará para a análise e julgamento do Poder Judiciário apenas situações de maior complexidade, relevância e polêmica jurídicas. (solução de controvérsias de natureza coletiva, indenização por danos morais, materiais e pensões mensais vitalícias, debates e interpretações acerca de cláusulas contratuais, etc...).

Não há como se negar, na atual conjuntura, que a Justiça do Trabalho tem sido utilizada como departamento de pessoal de grandes empresas em suas estratégias de negócios, com vantagens econômico-financeiras consideráveis.

É verdade, pois contabilizam as vantagens de sonegar direitos básicos, para somente pagá-las se e quando os trabalhadores resolverem propor ação judicial, e, assim mesmo por mínima parte do que efetivamente pagariam se a legislação fosse efetivamente respeitada na sua plenitude.

6. Sugestão para solução, ainda que parcial, de disputas judiciais com efeito disciplinador – um caso recente de um colega advogado da capital: mãe de dois filhos, cinco anos de trabalho, um mês de salário atrasado, FGTS não recolhido nos últimos dois anos, despedida imotivadamente, sem quitação das verbas rescisórias.

Ajuizada em dezembro de 2015, a inicial marcada para junho do ano seguinte. O pedido de tutela foi indeferido por que não havia prova material da despedida (aviso prévio).

- Mandado de Segurança com liminar indeferida, seguida de Agravo Regimental, que também foi negado provimento.

Na audiência inicial, foi realizada composição amigável por 50% dos valores devidos, para pagamento em 10 parcelas. O empregador pagou duas e até hoje a execução se arrasta, sem solução, em especial pelas dificuldades em encontrar-se bens passíveis de penhora em nome da executada e/ou de seus sócios.

Acredita que um mecanismo eficiente, capaz de se traduzir em um efeito disciplinador do cumprimento da legislação trabalhista, pelo menos o conjunto de regras mais simples, deve ser concedida a Tutela de Urgência, quando se trata de direitos básicos (verbas rescisórias, salários atrasados, recolhimentos do FGTS, guias do Seguro Desemprego), mormente com a determinação para que o empregador em 48 horas, pague ou comprove o cumprimento de tais obrigações, sob pena de bloqueio de ativos financeiros ou de bens, com penalidades suficientemente fortes, que estimulem o cumprimento de tal obrigação.

Como diria o ativista indiano Mahatma Gandhi, “se ages contra a justiça e eu te deixo agir, então a injustiça é minha.”

Já no século XVIII dizia o escritor inglês Charles Dickens: “Se não existissem más pessoas, não haveria bons advogados.”

“Quatro características deve ter um juiz: ouvir cortesmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente e decidir imparcialmente.” (filósofo grego Sócrates).

b. Respostas apresentadas pelo Sr. Itaci de Sá, representante dos empregados e do Sindicato dos Trabalhadores Ceramistas, do Fibrocimento e da Construção Civil de Criciúma e Região.

I. R. A ganância pelo lucro fácil e o desrespeito aos direitos dos outros.

2. R. Tem contribuído sim. Porque traz resultados mais concretos, utilizando o Diálogo.

3. R. Utilizando o Diálogo.

4. R. Aumento do litígio não, mas dificultando os resultados mais efetivos e rápidos devido a sua lentidão.

5. R. Mudança na legislação (Diminuição de possibilidades de recursos) e mudança da cultura das partes. Talvez a aplicação da litigância de má fé seja uma forma também de diminuir os abusivos recursos procrastinatórios, bem como o aumento do valor dos depósitos recursais.”

c. Respostas apresentadas pelo Sr. Geraldo Leonel Estevam da Silveira, Diretor Financeiro da empresa Eliane Revestimentos.

1. R. A insegurança jurídica causada pelas constantes alterações na interpretação da legislação pelo Judiciário, certamente contribui para essa exacerbada litigiosidade, inclusive negando validade as negociações coletivas (Acordos ou Convenções Coletivas do Trabalho), aliado ao fato de que os demandantes não têm ônus algum em litigar na Justiça do Trabalho, eis que albergados totalmente pela assistência judiciária gratuita. Soma-se a isso a questão de que o demandante, ao ingressar com a demanda, formula pedidos infundados, que sabe não serem verdadeiros, sem que tenha qualquer ônus. Há também a questão importante de que, atualmente, incentiva-se a população a *buscar seus direitos*, sem esclarecimentos pertinentes e seguros sobre o que seja, efetivamente, direito, partindo-se da generalidade. Qualquer palavra mal colocada ou outras situações menores, que se resolveria dialogando, tem sido levada ao judiciário, na ânsia de obtenção de dinheiro fácil, com a banalização do genérico *dano moral*.

2. R. O aumento da litigiosidade também está atrelado à falta de segurança jurídica causada por decisões distantes de uma interpretação razoável e sistemática das normas trabalhistas, processuais e da própria Constituição Federal. Isto é, quanto

mais o Poder Judiciário se distancia destas normas, maior a possibilidade ou o espaço para as teses de aventureiros serem aceitas pela JT. A exemplo, pode-se citar o caso da base de cálculo do adicional de insalubridade. A lei é clara ao dispor que a base de cálculo do referido adicional é o salário mínimo. Porém, foi preciso um pronunciamento do STF, após anos de debates na JT, para decidir a questão e revogar o equivocado e elástico entendimento até então sedimentado pelos Tribunais Trabalhistas.

3. R. Cumprir a legislação é sem dúvida o passo mais importante, sem desprezar, no entanto, os óbices quanto ao relatado na resposta ao item 1. Estabelecer, desta forma, a *segurança jurídica*, pois sem isso, o empregador está sujeito, de um dia para outro, ter um enorme passivo trabalhista, decorrente de interpretação ou reinterpretação da legislação de forma diferente daquele que vinha sendo feita durante anos.

4. R. Vide resposta item 1.

5. R.- Devem ser criados mecanismos para evitar a insegurança jurídica; Modernização da legislação trabalhista, para atender os atuais anseios da relação capital x trabalho; Prevalência do negociado sobre o legislado; Aplicação de litigância de má-fé; Cobrança de custas (atualmente o reclamante não paga sequer honorários periciais, de perícias que demonstram ausência de doença ou denexo causal).”

d. Respostas apresentadas pelo Dr. **Robinson Kraemer**, advogado representante da categoria patronal do Transportes Coletivos de Criciúma e Região.

1. R. Duas são as vertentes. Primeiro cultural, temos uma sociedade extremamente litigiosa. É muito comum o cidadão adentrar ao escritório de advocacia bradando por seus direitos e esquecendo suas obrigações. Segundo a formação do profissional do direito. Os cursos de direito no Brasil, em sua grande maioria, preparam o profissional para o litígio e não para composição. Boa parte dos bacharéis em direito não aprenderam técnicas de

negociação e enxergam no Poder Judiciário a única saída para solução dos conflitos.

2. R. A advocacia, de um modo geral, considerando a resposta do item anterior, contribui para o aumento da litigiosidade, dada sua formação e considerando também o fator cultural, o qual acaba influenciando. Ao nosso sentir existem ações manifestamente improcedentes e outras tantas que poderiam ser evitadas se conciliadas extrajudicialmente.

3. R. Ser mais criteriosos no ingresso de ações; desestimular ações manifestamente improcedentes; adotar práticas de negociação extrajudicial nos sindicatos; praticar advocacia preventiva nas empresas.

4. R. O Poder Judiciário, não apenas o Trabalhista, de certa forma contribui para o ingresso de ações: quando não reconhece um acordo extrajudicial; quando defere pedidos manifestamente improcedentes ou quando força a interpretação da legislação para favorecer um dos lados, sem o necessário equilíbrio.

5. R. a) É necessário haver uma mudança de comportamento da sociedade brasileira e no profissional do direito, buscando a solução dos conflitos no campo da negociação extrajudicial; b) processualmente (ações de ordem processual. Ex: aplicação de litigância de má-fé, cobranças de custas, outras). Penso que aplicação da litigância de má-fé é o melhor remédio para afastar pedidos manifestamente improcedentes e teses de defesa que buscam apenas enganar ou levar o juízo a erro.”

e. Respostas apresentadas pelo representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. **Bruno Martins Mano Teixeira**.

1. R. Creio que atualmente passamos por uma fase mais maniqueísta que em outros tempos, em que as pessoas creem haver dois lados opostos sem que haja um meio termo. Com isso, falta as pessoas colocarmos e mais na posição do outro para entender os motivos de determinadas posições.

2. R. O MPT tem sempre procurado resolver de forma

extrajudicial questões coletivas relacionadas às relações de trabalho, seja por meio de termos de ajuste de conduta, seja possibilitando a correção das irregularidades quando possível.

3. R. Creio que uma maior atuação como agente mediador, ainda que isso dependa mais da vontade das partes envolvidas em eventuais lides.

4. R. Penso que seria necessária uma revisão dos critérios estatísticos envolvendo a resolução de ações individuais e coletivas, a fim de dar maior peso as decisões proferidas em ações coletivas e ações civis públicas, tendo em vista o potencial de resolver mais conflitos em apenas uma ação.

5. R. a) A conscientização da sociedade é muito importante, principalmente porque, muitas vezes, há um desconhecimento das normas que regem as relações de trabalho por ambas as partes; b) reporta-se ao item 4.

As posições manifestadas pelos convidados apontam os possíveis fatores de aumento de litigiosidade a partir dos seus respectivos olhares de atuação e compreensão do fenômeno. Algumas posições indicam a necessidade de mudança cultural e legislativa, principalmente a processual, bem como de necessidade de readequação comportamental dos atores sociais, no efetivo cumprimento dos direitos existentes.

Como se pode observar, a partir das respostas, as causas de aumento do litígio são culturais, multifatoriais e processuais. Sucintamente podemos elencar os seguintes apontes:

- a.** a cultura do litígio e a inexistência de outras instâncias sociais preparadas para a solução dos conflitos;
- b.** ampliação dos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, que foram viabilizados pela garantia do acesso à Justiça e pela inafastabilidade da jurisdição, agregado à conscientização da população e do exercício real da cidadania;
- c.** o excesso de edição de leis (normas) e a lentidão dos Tribunais Superiores nos julgamentos;

- d.* ausência de estrutura estatal de fiscalização eficiente;
- e.* inobservância e descumprimento das normas trabalhistas;
- f.* ausência de mecanismo eficiente, capaz de se traduzir em um efeito disciplinador do cumprimento da legislação trabalhista, inclusive com tutelas de urgência;
- g.* a ganância pelo lucro fácil e o desrespeito aos direitos dos outros;
- h.* ausência de diálogo entre os atores sociais;
- i.* necessidade de mudança na legislação (diminuição de possibilidades de recursos) e mudança da cultura das partes;
- j.* ausência de aplicação da litigância de má-fé, para diminuir os abusivos recursos procrastinatórios e o aumento do valor dos depósitos recursais;
- k.* insegurança jurídica causada pelas constantes alterações na interpretação da legislação pelo Judiciário, contribui para essa exacerbada litigiosidade, inclusive negando validade às negociações coletivas (Acordos ou Convenções Coletivas do Trabalho);
- l.* demandantes não têm ônus algum em litigar na Justiça do Trabalho, já que albergados totalmente pela assistência judiciária gratuita;
- m.* existência de pedidos infundados por parte do autor, que sabe não serem verdadeiros, sem que tenha qualquer ônus;
- n.* banalização do genérico dano moral;
- o.* falta de segurança jurídica causada por decisões distantes de uma interpretação razoável e sistemática das normas trabalhistas, processuais e da própria Constituição Federal. Quanto mais o Poder Judiciário se distancia dessas normas, maior a possibilidade ou o espaço para as teses de aventureiros serem aceitas pela JT.
- p.* falta de modernização da legislação trabalhista, para atender

os atuais anseios da relação capital x trabalho (prevalência do negociado sobre o legislado);

q. atores sociais com posições rígidas, sem alteridade na relação;

r. revisão dos critérios estatísticos envolvendo a resolução de ações individuais e coletivas, a fim de dar maior peso as decisões proferidas em ações coletivas e ações civis públicas, tendo em vista o potencial de resolver mais conflitos em apenas uma ação.

Como se pode verificar, o elenco apontado pelos entrevistados comporta uma ampla reflexão, seja pelas partes como pelo próprio Poder Judiciário. E, a multiplicidade das causas arroladas demonstra que o aumento da litigiosidade decorre de fatores culturais, sociais e jurídicos (normas materiais e processuais).

5 SAINDO DA INÉRCIA: POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA PARA CONTRIBUIR COM A DIMINUIÇÃO DA LITIGIOSIDADE

263

Registra-se que o Estado Brasileiro, principalmente os Poderes Legislativo e Executivo estão sendo incapazes de solucionar satisfatoriamente os conflitos sociais. A atuação do Estado Judiciário, por seu turno, é uma atuação *a posteriori* ao conflito, sendo que os demais Poderes foram constituídos para atuar prevenindo o conflito social. Contudo, mostram-se muitos ineficientes para tal desiderato, quando não os próprios fomentadores de conflitos.

É fato que o Poder Judiciário Trabalhista pode colaborar com a diminuição da litigiosidade.

Primeiramente, deve reavaliar o seu protagonismo, pois a atuação meramente julgadora está superada no atual momento social, devendo o magistrado inserir-se mais na sociedade, atuando preventivamente. Esta atuação obriga ao magistrado a “sair” do gabinete/sala de audiência e ir para o “chão de fábrica”, conscientizando os atores sociais das consequências do descumprimento e de uma mudança radical dos valores, buscando superar o comportamento do “jeitinho brasileiro” de levar vantagem sobre o outro, agindo preventivamente. Isso demonstrará a presença do magistrado no

local, a preocupação de tais situações, de modo a criarmos a cultura do “pertencimento” entre as pessoas e instituições para o efetivo cumprimento dos deveres legais e morais entre as partes.

Para isso, é necessário darmos efetividade aos preceitos constitucionais sobre o tema. Olhares desconectados com os preceitos constitucionais, seja na formulação legislativa, seja na aplicação das normas, e desconexas com os ditames constitucionais, alimentarão a litigiosidade.

Uma correta interpretação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos e às relações trabalhistas contidas no art. 7º da Constituição perpassa obrigatoriamente pelos arts. 1º¹⁰ e 170¹¹ da Constituição. Sua correta leitura é no sentido de que a ordem social prevalece sobre a ordem econômica. Facilmente chega-se a essa conclusão, uma vez que o Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. E, os princípios, que daí decorrem, devem observar tais fundamentos. Acresce-se a isso a referência contida no *caput* do art. 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

264

Em outro estudo por nós desenvolvido, afirmamos:

[...] o Estado, através de políticas públicas e da jurisdição, assim como a sociedade civil e os particulares, nas mais diversas formas de organização e de mobilização, devem reconhecer a força normativa do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, colocando-o em prática. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 151)

Com relação às políticas públicas nos posicionamos da seguinte forma:

⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

(...) a afirmação dos direitos trabalhistas, que são calcados na dignidade da pessoa humana, constitui uma forma de resistir aos efeitos precarizantes da flexibilização, constituindo uma contraponto necessário e urgente, como meio de resgatar a centralidade do homem nesse sistema econômico perverso, que privilegia o capital em detrimento do trabalho, transgredindo frontalmente a Constituição do nosso país, que reza justamente o contrário. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 155)

Em relação à jurisdição defendemos que o pensamento clássico, de o juiz agir somente quando for provocado e dentro dos limites dos pedidos, está defasado e ultrapassado diante da realidade brasileira:

[...] Diante disso, atentando-se à realidade brasileira, marcada pelas desigualdades sociais e por uma imensa maioria de pobres e excluídos, não se pode mais conceber instrumentos que contenham solenidades e formalismos exagerados, de linguagem técnica e de difícil compreensão. Tal ritualística apenas procrastina a solução do processo, além de apresentar, por sua complexidade, muitas vezes ininteligível para a parte que procura, no judiciário, a solução do problema. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 171)

265

Como se pode perceber, tais referências, sob o aspecto geral, encontram eco nos apontes dos entrevistados.

No mesmo sentido, porém no aspecto processual, reavaliar a aplicação efetiva dos instrumentos processuais de combate a irregularidades, seja na relação material ou na relação de direito processual, como a litigância de má-fé e multas, que são instrumentos para diminuir os litígios, ou o abuso de ação neles contidos.

Nesse sentido, cabem considerações sobre a reforma trabalhista que está em curso. Sem adentrar especificamente no mérito da reforma, o que, por si só, demandaria mais que um artigo, e mantendo os contornos e objetivos aqui propostos inicialmente, cabe reavaliar a aplicação efetiva dos instrumentos processuais de combate a irregularidades, como a litigância de má-fé e multas.

Em outro texto por nós produzido, tecemos comentários críticos sobre todos os pontos da reforma, inclusive sobre a responsabilidade sobre litigância de má-fé e dano processual, ao comentar os art. 793-A, B, C e D, os quais transcrevemos:

O dispositivo 793-A estabelece que responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente. O artigo 793-B prescreve quem se considera litigante de má-fé aquele que: I) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II) alterar a verdade dos fatos; III) usar o processo para conseguir objetivo ilegal; IV) opuser resistência ao andamento do processo; V) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI) provocar incidente manifestamente infundado; VII) interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. De acordo com o art. 793-C, o juiz de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. Quando for dois ou mais litigantes de má-fé, o juiz condenará cada qual na sua proporção e solidariamente aqueles que se coligarem para lesar a parte contrária. Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O valor da indenização será fixado pelo juízo e, acaso não seja possível mensurá-lo, por arbitramento ou procedimento comum, nos próprios autos. Conforme o art. 790-D (sic), na mesma obrigação de reparar os danos processuais incorre a testemunha que alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa. Crítica: A reforma introduz, no bojo do processo do trabalho, a figura dos danos processuais por litigância de má-fé. No regime atual, aplica-se, de forma subsidiária, as regras do processo comum. O novo regime aumenta a multa por litigância de má-fé e também fornece critério para estabelecê-la em bases efetivamente capazes de demover o litigante temerário da prática processual lesiva, nomeadamente naquelas ações de valor da causa irrisório ou inestimável, fornecendo, nesses casos, o critério de arbitramento respeitado o limite máximo do RGPS. Introduce também a quantificação dos danos processuais, consistente nas despesas e prejuízos sofridos pela parte “ex adversa” atingida pela prática de ato processual de má-fé. Por fim, estende iguais imposições à testemunha que omite ou distorce informações, prejudicando o andamento regular do processo. Entende-se que a introdução desse novo regime de danos processuais decorrentes da litigância de má-fé pertinente e moralizadora das relações processuais, constituindo-se um mecanismo relevante para diminuir as chamadas “lides temerárias” e demover as partes e intervenientes da prática de atos desleais e procrastinatórios. Logo, medida consoante com a boa-fé no processo e com o desenvolvimento eficaz do instrumento

como realizador da justiça material. Note-se que a questão da hipossuficiência da parte, mesmo que detentora da AJG, não o exime do comportamento ético e colaborativo no desenvolvimento regular, útil e eficaz do processo, razão pela qual, ainda que beneficiário da justiça gratuita, mas beneficiário de créditos no processo (ou em outro em trâmite) terá o dever de pagar eventual penalidade que lhe foi aplicada. A medida pode, sim, burocratizar o processo, tendo em vista a possibilidade de recurso, apuração dos danos e sua cobrança. Porém, tem-se que a possibilidade de condenação já constituirá um motivo inibidor da prática processual lesiva, com o que espera-se que os casos de condenação sejam reduzidos. (GOLDSCHMIDT, 2017)

Ainda, em proposta apresentada por um dos ora articulistas (Juiz Ricardo Jahn), com objetivo de reavaliar a aplicação efetiva dos instrumentos processuais de combate a irregularidades da relação de direito material, aos magistrados participantes da segunda edição dos Debates Institucionais na Justiça do Trabalho de Santa Catarina, realizados durante a programação do IV Encontro Institucional da Magistratura do Trabalho da Escola Judicial do TRT 12^a Região, no dia 2 de dezembro de 2016, quando foi aprovada essa proposta, o que ensejou sua inclusão na Carta de Florianópolis, transcrita a seguir:

267

EMENTA

EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS PARA PROVIDÊNCIAS E EVENTUAIS ABERTURAS DE PROCESSOS PENAIIS. A sentença trabalhista, por si só, não tem alcançado seus objetivos institucionais, nem inibido a recorrência e continuidade de situações irregulares e ilegais por parte dos atores sociais. Continuamos a “enxugar de gelo”, diante das relações trabalhistas descomprometidas com as obrigações legais. Estamos cada vez mais assoberbados de trabalho, atuando nas consequências de relações trabalhistas irresponsáveis e sem efetivamente alcançarmos as causas dos litígios, que são morais, culturais e até mesmo institucionais. Necessidade de penalização enérgica das partes que agem em conluio e simulação (contratos falsos, anotações indevidas em documentos públicos e privados, pagamentos “por fora” e demais ilícitos), a fim de termos maior efetividade da jurisdição¹².

Tal encaminhamento foi realizado, porquanto verificado junto à casuística que a mera condenação econômica não tem surtido efeito na

¹²

<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/escola/extranet/documentos/CARTEDEFLORIANOPOLIS2016.pdf>

contenção dos descumprimentos legais por parte dos atores sociais, razão pela qual sugerida a expedição de ofícios aos diferentes órgãos da administração pública. Com isso, pretende-se dar efetividade ao caráter pedagógico da decisão judicial trabalhista, com reflexos em outras esferas do direito (penal, administrativo, previdenciário, civil).

A uniformização da jurisprudência também pode colaborar para a diminuição da litigiosidade. Decisões dissonantes em nível de tribunais, que têm a função precípua de interpretar corretamente a norma, contribuem para gerar dúvida dos atores sociais, o que propicia o aumento da litigiosidade. Schiavi, ao comentar a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, nos termos da Lei n. 13.015/14 e do art. 926 do CPC, afirma:

Diante do referido dispositivo legal, que se aplica de forma subsidiária ao Processo do Trabalho, os Tribunais devem manter a jurisprudência estável, ou seja, não alterá-la sem justificativa; íntegra e coerente, ou seja: a jurisprudência não deve conter antinomias e constituir um todo harmônico. (SCHIAVI, 2015, p. 949)

Por fim, Pastore, 2017, afirma:

Para quem milita na Justiça do Trabalho do Brasil, faz parte do cotidiano a entrada de milhares de ações nas cortes trabalhistas todos os dias. Só em 2016, deram entrada mais de 3 milhões de novas ações que se somaram às remanescentes de anos anteriores, chegando a quase 8 milhões de processos. Com tamanho volume, os magistrados e funcionários da Justiça do Trabalho têm uma tarefa extenuante e o Estado gasta cerca de R\$ 18 bilhões na manutenção daquele ramo do Poder Judiciário. O quadro brasileiro contrasta fortemente com o que ocorre no resto do mundo. Os dados a seguir se referem ao número de ações judiciais trabalhistas individuais ocorridas entre os anos de 2001 a 2016 em países selecionados. A Alemanha teve 593 mil ações em 2007; a Itália, 324 mil (2001); a Polônia, 302 mil (2002); a Espanha, 199 mil (2002); a Holanda, 139 mil (2002); os Estados Unidos, 110 mil (2016); o Reino Unido, cerca de 98 mil (2003); Portugal, 75 mil (2004); a França, pouco mais de 52 mil (2002); a Romênia e a Hungria, menos de 30 mil (ambas em 2003); a Áustria, cerca de 24 mil (2004); a Bulgária, menos de 14 mil (2003); a Letônia, 8.500 (2003); a Eslovênia, 4.500 (2003); o Japão, 3.500 (2009); a Eslováquia 2.600 (2008); a Dinamarca, 1.500 (2004).

E indaga o porquê de poucas ações judiciais nesses países,

respondendo:

Em primeiro lugar, porque os seus tribunais de justiça se atêm apenas ao exame de disputas de natureza jurídica e se abstêm nos casos de disputa de natureza econômica, o que não ocorre no Brasil, onde a Justiça do Trabalho julga os dois tipos de conflitos. Ademais, nos países resenhados, é comum o uso de métodos extrajudiciais, como auto composição, conciliação, mediação e arbitragem, o que não ocorre no Brasil. Em segundo lugar, bem diferente das leis mais simples dos países avançados, a imensidão de detalhes da legislação e da jurisprudência trabalhista do Brasil constitui, em si, um grande potencial para desentendimentos, o que leva as partes a buscar a solução nos tribunais. A Constituição Federal tem 67 dispositivos no campo trabalhista e um adicional de 14 regras transitórias. A Consolidação das Leis do Trabalho incorpora quase mil artigos. Os Códigos Civil e Penal têm dezenas de dispositivos. O Tribunal Superior do Trabalho possui mais de mil atos jurisprudenciais. O Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério da Previdência Social têm uma imensidão de regras detalhadas. No campo internacional, são 82 as Convenções da OIT ratificadas e em vigência no país. Em terceiro lugar, o prazo de prescrição do Brasil (2 anos) está entre os mais amplos no mundo. Em Portugal e na Itália, por exemplo, o prazo para entrar com uma reclamação relativa à despedida é de seis meses; na Inglaterra, três meses; na Alemanha e na Áustria, três semanas; na Noruega, 30 dias; na Espanha, 20 dias úteis; na Suécia, duas semanas. Com prazo tão longo, as possibilidades de litigar aumentam bastante. Em quarto lugar, a maioria das ações trabalhistas no Brasil é promovida pelos empregados para os quais não há sucumbência no caso de sentença desfavorável. Isso se transforma em verdadeiro estímulo, pois as despesas dos honorários dos advogados e outras são pagas apenas pelos empregadores. Além dos fatores indicados, concorrem para o excesso de ações trabalhistas o uso de subjetividade em sentenças judiciais, o anseio dos advogados para promover ações que lhes garantem bons honorários, a cultura de desconfiança que impera entre empregados e empregadores e o volume de infrações decorrentes de violações ou incapacidade de cumprimento por parte dos empregadores.

269

Considerando-se o antes exposto, pode-se ver as estruturas jurídicas e o próprio direito, nos países arrolados, são mais limitadores que o direito pátrio, sob o ponto de vista material e processual.

6 CONCLUSÃO

Com o presente estudo pretendeu-se levantar criticamente os principais fatores do aumento da litigiosidade no Poder Judiciário Trabalhista.

Para tanto, explorou-se as possíveis contribuições do Poder Judiciário Trabalhista para o aumento da judicialidade, apontando-se o que segue:

- reconhece direitos nas lacunas legislativas (omissão legislativa), gerando novas expectativas para a classe profissional e, conseqüentemente, o aumento de demandas (ativismo judicial);
- acordos judiciais, nos quais há sonegação de contribuições previdenciárias e fiscais, importam em vantagens ao empregador e desestímulo ao cumprimento regular de suas obrigações;
- mesmo diante de uma condenação trabalhista, não são tomadas providências de autuação da empresa pelas irregularidades constatadas;
- atuação irregular dos atores processuais, que procuram obter vantagens indevidas, seja para receber eventuais direitos ou sonegar direitos, utilizando-se da legislação processual, sem aplicação de penalidades como declaração de litigante de má-fé e imposição de multas processuais;
- prolação de decisões divergentes para situações idênticas (direito material), pois a norma processual não garante a uniformização da decisão;

Depois, com as respostas anteriormente transcritas do questionário aplicado aos convidados, por ocasião do Módulo Regional da 3ª Região da Escola Judicial do TRT 12ª Região, sucintamente podemos elencar as causas do aumento de litigiosidade:

- cultura do litígio e a inexistência de outras instâncias sociais preparadas para a solução dos conflitos;
- ampliação dos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, que foram viabilizados pela garantia do acesso à Justiça e pela inafastabilidade da jurisdição, agregado à conscientização da população e do exercício real da cidadania;

- o excesso de edição de leis (normas) e a lentidão dos Tribunais Superiores nos julgamentos;
- ausência de estrutura estatal de fiscalização eficiente;
- inobservância e descumprimento das normas trabalhistas;
- ausência de mecanismo eficiente, capaz de se traduzir em um efeito disciplinador do cumprimento da legislação trabalhista, inclusive com tutelas de urgência;
- a ganância pelo lucro fácil e o desrespeito aos direitos dos outros;
- ausência de diálogo entre os atores sociais;
- necessidade de mudança na legislação (diminuição de possibilidades de recursos) e mudança da cultura das partes;
- ausência de aplicação da litigância de má-fé, para diminuir os abusivos recursos procrastinatórios e o aumento do valor dos depósitos recursais;
- insegurança jurídica, causada pelas constantes alterações na interpretação da legislação pelo Judiciário, contribui para essa exacerbada litigiosidade, inclusive negando validade as negociações coletivas (Acordos ou Convenções Coletivas do Trabalho);
- demandantes não têm ônus algum em litigar na Justiça do Trabalho, já que albergados totalmente pela assistência judiciária gratuita;
- existência de pedidos infundados por parte do autor, que sabe não serem verdadeiros, sem que tenha qualquer ônus;
- banalização do genérico dano moral;
- falta de segurança jurídica causada por decisões distantes de uma interpretação razoável e sistemática das normas trabalhistas, processuais e da própria Constituição Federal. Quanto mais o Poder Judiciário se distancia dessas normas, maior a possibilidade ou o espaço para as teses de aventureiros serem aceitas pela JT.
- falta de modernização da legislação trabalhista para atender os atuais anseios da relação capital x trabalho (prevalência do negociado sobre o legislado);
- atores sociais com posições rígidas, sem alteridade na relação;
- revisão dos critérios estatísticos envolvendo a resolução de ações individuais e coletivas, a fim de dar maior peso às decisões proferidas em ações coletivas e ações civis públicas, tendo em vista

o potencial de resolver mais conflitos em apenas uma ação.

Ainda, suscitou-se possíveis ações do Poder Judiciário Trabalhista para diminuir a litigiosidade, tais como:

- reavaliar o seu protagonismo, pois a atuação meramente julgadora está superada no atual momento social, devendo o magistrado inserir-se mais na sociedade, atuando preventivamente;
- superar o comportamento do “jeitinho brasileiro”;
- dar efetividade aos preceitos constitucionais sobre o tema com ações afirmativas que garantam a dignidade da pessoa humana;
- reavaliar a aplicação efetiva dos instrumentos processuais de combate a irregularidades, seja na relação material ou na relação de direito processual, como a litigância de má-fé e multas;
- uniformização da jurisprudência nos tribunais.

Com base nos estudos realizados, levando em conta a pesquisa empírica e doutrinária levada a cabo, podemos concluir que as causas são efetivamente complexas, tendo origem multifatorial, cultural e jurídica, conforme antes pontuado.

272

E uma análise crítica é necessária para que possamos rever aspectos culturais, relacionais e jurídicos incidentes nas relações entre os atores sociais na vida real e nos processos judiciais. Esta análise deve passar obrigatoriamente por um “apontar de dedos” de cada um dos atores sociais para si, inclusive dos operadores jurídicos, seja aqueles que formulam as normas, seja por parte daqueles que interpretam e aplicam a norma nos casos concretos.

Desta forma a mudança de comportamento das partes no dia a dia de suas relações é fundamental para que possamos diminuir os litígios diretamente entre as partes ou mesmo na esfera judicial. Também, podemos ver que as instituições estatais e o próprio Poder Judiciário podem contribuir para a diminuição dos litígios, mediante adoção de procedimentos que vão de maior inclusão social por parte dos juízes, até decisões mais rígidas diante de comportamentos abusivos e desleais.

No que concerne à advocacia, registra-se que a atuação por parte dos profissionais advogados em ações preventivas junto às empresas poderia ajudar a diminuir os conflitos, pois diminuiriam os descumprimentos por

parte das empresas de suas obrigações legais.

Além das questões sociais e culturais, também a questão econômica é importante, pois, em épocas de crise, muitas vezes as empresas acabam por não cumprir com suas obrigações, dando ensejo ao conflito.

Por fim, a clareza da legislação é fundamental para a diminuição de litígios.

Acredita-se, assim, que esse conjunto de medidas e providências possa contribuir para diminuir o atual estágio de litigiosidade que assombra a sociedade brasileira, principalmente no campo das relações trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LEITE, Roberto Basílone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional**: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos Direitos Trabalhistas**: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como fonte de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Apontamentos sobre a reforma trabalhista**. Criciúma: UNESC-Direito-Mestrado Acadêmico de Direito, 2017.

PASTORE, José. **Brasil**: campeão de ações trabalhistas. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-35067/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas#.WbbZt5QmA9g.whatsapp>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 9 ed. São Paulo; LTr, 2015.

