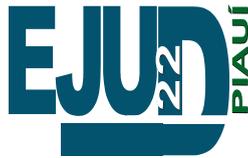


ISSN 2674-6700

REVISTA

da Escola Judicial
do Tribunal Regional do Trabalho
da 22ª Região





**REVISTA DA ESCOLA JUDICIAL
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 22ª REGIÃO**

ISSN 2674-6700

Rev. Esc. Jud. TRT 22	Teresina	v. 1	n. 1	p. 1-280	2019
-----------------------	----------	------	------	----------	------

@ 2019 EJUD22

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem a prévia autorização deste órgão.

Comissão da Revista

Desembargador Arnaldo Boson Paes

Desembargador Francisco Meton Marques de Lima

Juiz João Luiz Rocha do Nascimento

Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

Juíza Regina Coelli Batista de Moura Carvalho

Comissão editorial

João Luiz Rocha do Nascimento (Juiz do Trabalho, Coordenador Pedagógico da EJUD22)

Jaqueline de Amorim Osório Santos (Secretária-Executiva da EJUD22)

Capa: Foto do Edifício-Sede - arquivo fotográfico do TRT 22ª Região.

Projeto Gráfico: 3idesigner - (86 98804-7111)

Tiragem: 500 exemplares

Disponível em: [http// www.trt22.jus.br](http://www.trt22.jus.br)

Os textos doutrinários são de estrita responsabilidade dos seus autores.

Contato: ejud22@trt22.jus.br

Bibliotecária: Maria Creuza de Sales (CRB-3/ 583)

Editoreção: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

Impressão: Tavares & Tavares Empreendimentos Comerciais Ltda - ME

Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª

Região. - v. 1, n. 1, 2019. - Teresina : Tribunal Regional do
Trabalho Região da 22ª. Ejud22, 2019.

Anual.

v. 1, n. 1, 2019.

1. Direito do Trabalho – Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional do
Trabalho (Região, 22ª). Escola Judicial.

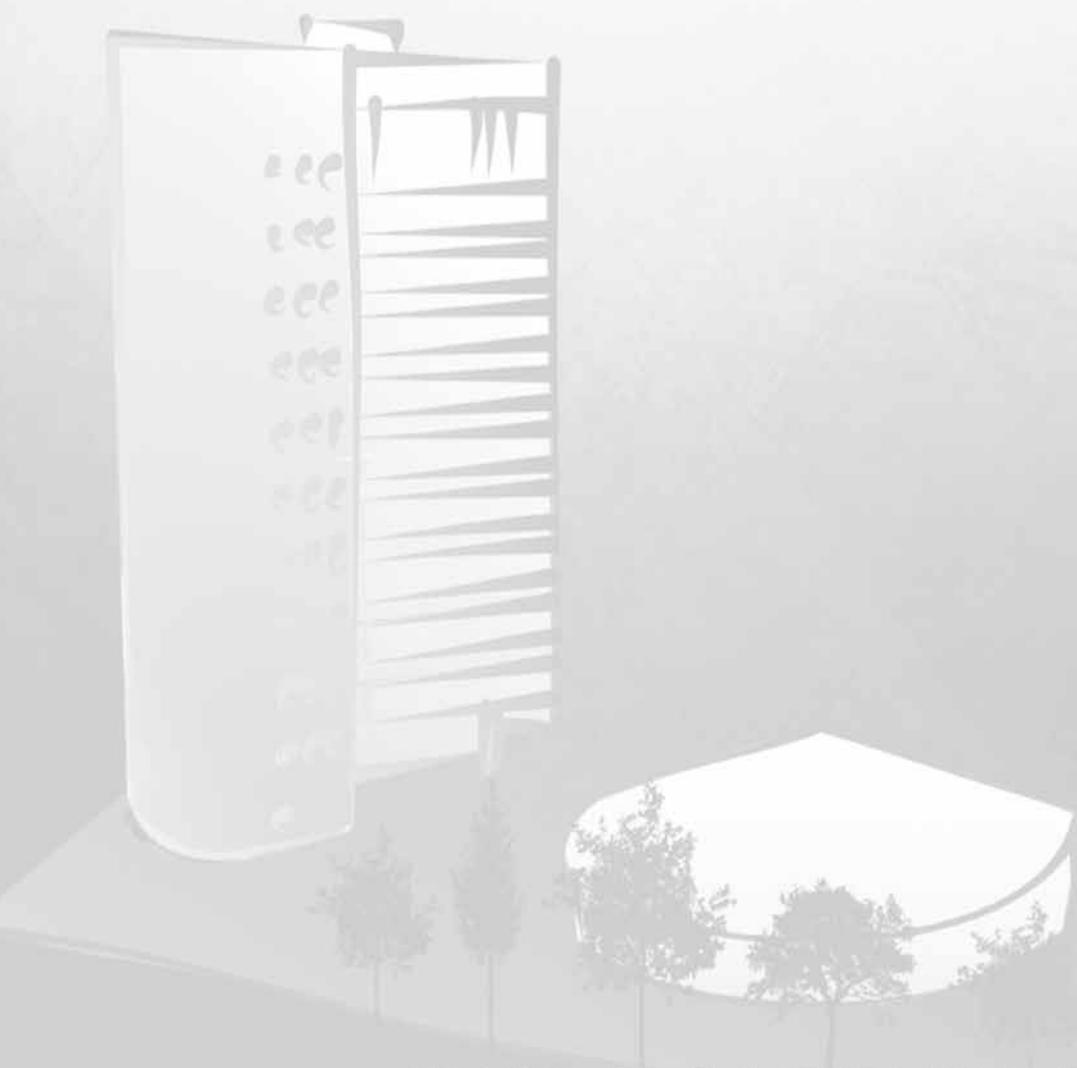
CDD: 34(05)

CDU: 34 : 331(81)(094.9)(05)

Escola Judicial do TRT da 22ª Região

Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

Av. João XXIII, 1460, Bairro dos Noivos, CEP 64045-000, Fone (86) 2106-9475 - Teresina-PI



INSTITUCIONAL

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO**

Diretor

Desembargador Arnaldo Boson Paes

Coordenador Pedagógico

Juiz João Luiz Rocha do Nascimento

Coordenador de Educação à Distância

Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

Conselho Consultivo

Desembargador Arnaldo Boson Paes (Presidente)

Juíza Thânia Maria Bastos Lima Ferro (Secretária)

Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz (Conselheiro)

Juiz João Luiz Rocha do Nascimento (Conselheiro)

Juíza Regina Coelli Batista de Moura Carvalho (Conselheira)

Secretária-Executiva

Jaqueline de Amorim Osório Santos

Assistente-Chefe da Seção de Capacitação de Magistrados e Servidores

Erika Sampaio Carneiro

Assistente

Lidiane Taize de Carvalho Andrade

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO

COMPOSIÇÃO

Biênio 2019-2020

Presidente

Desembargadora Liana Chaib

Vice-Presidente e Corregedor

Desembargador Wellington Jim Boavista

Ouvidor

Desembargador Manoel Edilson Cardoso

Primeira Turma

Desembargador Wellington Jim Boavista (Presidente)

Desembargador Francisco Meton Marques de Lima

Desembargador Arnaldo Boson Paes

Desembargadora Liana Ferraz de Carvalho

Segunda Turma

Desembargadora Liana Chaib (Presidente)

Desembargador Manoel Edilson Cardoso

Desembargador Giorgi Alan Machado Araújo

VARAS DO TRABALHO

1ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

Titular: Juíza Thânia Maria Bastos Lima Ferro

2ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

Titular: Juíza Alba Cristina da Silva

3ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

Titular: Juiz Tibério Freire Villar da Silva

4ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

Titular: Juíza Basiliça Alves da Silva

5ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

Titular: Juiz João Luiz Rocha do Nascimento

6ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

Titular: Juiz Francílio Bibio Trindade de Carvalho

VARA DO TRABALHO DE PARNAÍBA

Titular: Juiz José Carlos Vilanova Oliveira

VARA DO TRABALHO DE PIRIPIRI

Titular: Juiz Ferdinand Gomes dos Santos

VARA DO TRABALHO DE VALENÇA DO PIAUI

Titular: Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

VARA DO TRABALHO DE OEIRAS

Titular: Juiz Thiago Spode

VARA DO TRABALHO DE FLORIANO

Titular: Juíza Ginna Isabel Rodrigues Veras

VARA DO TRABALHO DE BOM JESUS

Titular: Juíza Kelly Cardoso da Silva

VARA DO TRABALHO DE SÃO RAIMUNDO NONATO

Titular: Juiz Delano Serra Coelho

VARA DO TRABALHO DE PICOS

Titular: Juiz Francisco Washington Bandeira Santos Filho

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Roberto Wanderley Braga

Sylvia Helena Nunes Miranda

Daniela Martins Soares Barbosa

Adriano Craveiro Neves

Nara Zoé Furtado Abreu

Benedita Guerra Cavalcante

Regina Coelli Batista de Moura Carvalho

Ana Ligyan de Sousa Lustosa Fortes do Rêgo

Luciane Rodrigues do Rego Monteiro Sobral

Elisabeth Rodrigues

Mariana Siqueira Prado

João Henrique Gayoso e Almendra Neto

Gustavo Ribeiro Martins

Luís Fortes do Rêgo Júnior

SUMÁRIO

Apresentação	10
A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS MARCOS REGULATÓRIOS <i>Ministro Augusto César Leite de Carvalho</i>	15
A REFORMA TRABALHISTA DA LEI 13.467/2017 E AS LIMITAÇÕES, PELO NOVO ARTIGO 702, I, F E SEUS PARÁGRAFOS 3º E 4º DA CLT, À UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E À EDIÇÃO OU REVISÃO DE PRECEDENTES PELOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS <i>Ministro José Roberto Freire Pimenta</i>	32
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROCESSO DO TRABALHO <i>Ministro Cláudio Brandão</i>	74
AS SETE CAMADAS DA CONSTITUIÇÃO NO TEMPO LÍQUIDO <i>Desembargador Francisco Meton Marques de Lima</i>	92
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: DIÁLOGO ENTRE O CPC E O ART. 791-A DA CLT <i>Desembargador Arnaldo Bosen Paes</i>	110
A FORMAÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO MUNDIAL <i>Desembargador Manoel Carlos Toledo Filho</i>	135
A REFORMA TRABALHISTA E O TRABALHO INTERMITENTE: O TIRO DE MISERICÓRDIA NA CLASSE TRABALHADORA <i>Desembargador Emmanuel Teófilo Furtado</i>	146

O GRUPO ECONÔMICO NO DIREITO DO TRABALHO E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Desembargadora Eneida Melo Correia de Araújo167

O DIREITO DO TRABALHO COMO EXEMPLO PRIVILEGIADO NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E TÉCNICA - UMA LEITURA A PARTIR DE ALAIN SUPIOT

Juiz João Luiz Rocha do Nascimento 191

O QUE A ÁRVORE SÍMBOLO DO PIAUÍ TEM A VER COM TRABALHO DECENTE?

Juiza Regina Coelli Batista de Moura Carvalho

Juiza Ana Ligyán de Sousa Lustosa Fortes do Rego 226

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL - ANÁLISE DO CASO JOSÉ PEREIRA NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AVANÇOS ATUAIS

Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz 237

O LIMBO JURÍDICO: O TRABALHADOR QUE É CONSIDERADO APTO PELO INSS E INAPTO PELO EMPREGADOR. UMA SOLUÇÃO HERMENÊUTICA EM PROL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Juiz Marco Aurélio Marsiglia Treviso 248

GREVES DE TRABALHADORES REPRESENTADAS NA FICÇÃO CIENTÍFICA

Pesquisador José Carlos de Carvalho Baboin 267

APRESENTAÇÃO

A ninguém é dado o direito de negar o tempo. *Kronos*, um dos deuses da mitologia grega, bem que tentou, e durante algum tempo até que obteve êxito, mas seus propósitos, ao final, resultaram frustrados. Trata-se da mais emblemática tentativa de aprisionar o tempo de que se tem conhecimento. Como lembra François Ost (*O tempo do direito, Bauru/SP; Edusc, 2005*), a história de *Kronos* é a história da negação do tempo¹. Não há projeto sem memória e privar o acontecer é fazer do presente, que não passa de um instante fugidino entre o que ainda não é e o que já foi, um tempo estéril, sem memória e sem projeto, como pontua o jusfilósofo belga.

Ninguém melhor do que os textos, de uma enciclopédia, de um livro ou de um periódico, dentre outros, para exercer o papel de fazer a ligação entre as três dimensões do tempo: passado, presente e futuro. E nenhum agrupamento humano, o que inclui uma comunidade jurídica, pode se dar o luxo de ignorar, quando não registra, sua história institucional, aquela que resgata o passado, nutre o presente e se projeta, com o perdão da redundância, para o futuro.

É a esse propósito que se presta a Revista Jurídica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região - EJUD 22 com o seu batismo. Ela pretende escrever a história institucional de uma determinada comunidade jurídica, entendida esta como aquela que pensa, reflete, propõe ou sugere mudanças e pontos de inflexões no âmbito do direito, mormente o social do trabalho, e sua aplicação.

Como o ato de contar e compor uma história se dá no presente, o único que pode falar das duas outras dimensões do tempo, então a Revista Jurídica da EJUD 22 pretende ser um periódico que fala do alto do tempo presente. Do tempo do direito do trabalho, direito social fundamental por excelência, forjado com luta, suor e sacrifício ao longo de um tempo que já se perdeu no passado, não sendo, contudo, por isso, que não se deva preservá-lo, sobretudo diante de um presente, fruto de um discurso recorrente, sempre às voltas com toda sorte de ameaças e tentativas de encobrimento.

¹ De acordo com a mitologia grega, *Kronos* ao mutilar Urano, seu pai, tomou-lhe o trono e se tornou o senhor do tempo, bloqueando a passagem tanto em direção ao passado e em relação ao futuro. Alertado por uma profecia de que também seria vítima de um de seus filhos, passou a engoli-los à medida que cada um nascia, menos a Zeus e graças a um estratagema de Reia, sua mãe que o escondeu e, no seu lugar, enrolou uma pedra num manto e deu a *Kronos*, que a engoliu pensando se tratar de Zeus que, tempos depois, já adulto, tomou o trono do pai e se tornou o mais poderoso dos deuses gregos. Em síntese, o que pretendeu *Kronos* foi negar o passado (ao decepar os genitais do pai) e impedir o desenvolvimento do futuro (ao engolir os filhos).

Como o leitor perceberá, boa parte dos artigos aqui publicados tem como fio condutor uma leitura da Lei n. 13.467/2017, o que nos leva a refletir e a indagar se, no contexto da alegoria representada pela história de *Kronos*, não estaria a referida lei a serviço de um redivivo propósito de repriminizar a negação do tempo?

Boa parte dos artigos oferece uma resposta, ainda que indireta, para o problema ao reafirmar o compromisso com o passado com os olhos voltados para o futuro. Por outro lado, alguns artigos são mais contundentes e colocam o dedo na ferida ao denunciar que, em certa medida, a Lei nº 13.467/2017 tem a pretensão de negar o tempo à medida que rompe com o passado, gera perplexidade no presente e aniquila a possibilidade de um futuro de dignidade para quem vive do trabalho.

E é com a preocupação de resgatar e preservar o passado, base e referência necessária para o fortalecimento do presente (palco também para o enfrentamento das intempéries) e planejamento do futuro, que a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região — EJUD 22, com muita honra, apresenta, à comunidade jurídica e acadêmica, a REVISTA JURÍDICA DA EJUD 22, na sua primeira edição, ciente de que, com isso, ajudará na escritura de sua história institucional.

Sigamos então. E, ao contrário de *Kronos*, com a passagem para o passado e o caminho para o futuro abertos. Como numa comunidade, de mãos dadas, pois como disse Drummond, no belo poema *Mãos dadas*, “o tempo é a nossa matéria, o tempo presente. É ele que faz os homens presentes, a vida presente”.

Teresina, agosto de 2019

Desembargador Arnaldo Boson Paes
Diretor da EJUD22

Juiz João Luiz Rocha do Nascimento
Coordenador Pedagógico da EJUD22

GALERIA DE FOTOS



Magistrados do trabalho da 22ª Região na XII Semana de Formação Continuada: *Os desafios contemporâneos da magistratura do trabalho*, com a presença dos palestrantes Ana Carolina Gontijo, juíza do TRT2, e Emmanuel Teófilo Furtado, desembargador do TRT7. O evento ocorreu no período de 18 a 22 de março de 2019.



A *I Cesta Jurídica* foi realizada em 1º de fevereiro de 2019 e contou com a expressiva participação de magistrados e servidores do TRT22. Palestraram no evento o desembargador Roberto Basilone Leite, do TRT12, e a juíza Noêmia Aparecida Garcia Porto, do TRT10, atual Presidente da Anamatra.



A *II Cesta Jurídica*, que encerrou a XII SFC, foi realizada em 22 de março de 2019. O evento foi finalizado com a Aula Magna do professor e poeta Cineas Santos.



O *I Seminário sobre Constituição, Mulheres e Direitos Humanos* foi realizado em 27 de março de 2019, na cidade de Oeiras. O evento foi coordenado pelo Juiz Carlos Wagner, na ocasião Titular da Vara do Trabalho de Oeiras.



A III Cesta Jurídica ocorreu em 31 de maio de 2019, em que palestrou o desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, do TRT9. Na foto, acompanhado da Dra. Ana Maria Wilhelm de Camargo e da Juíza Luciane Sobral, do TRT22.



O Congresso Piauiense de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho foi realizado nos dias 27 e 28 de junho de 2019. Palestraram no evento: Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, da FGV; Des. Francisco Rossal de Araújo, do TRT4; Juiz Ney Maranhão, do TRT8; Dr. Arnaldo Afonso Barbosa, da UFMG; Des. Rosemary de Oliveira Pires, do TRT3; e Des. Liana Chaib, Presidente do TRT22.

A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS MARCOS REGULATÓRIOS

Augusto César Leite de Carvalho*

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo o de fazer um breve estudo do instituto da terceirização, a partir de seu significado e de seus princípios regentes, com destaque para os impactos no âmbito das relações de trabalho, as novas regras destinadas a suprir, em parte, um tema ainda não satisfatoriamente regulado. Passa ainda pela leitura dos tribunais acerca da matéria, destacando-se, por fim, o *compliance*, uma nova e moderna ferramenta colocada à disposição da ação empresarial e que tem como uma das finalidades a atuação preventiva de conflitos.

Palavras-chave: terceirização – subcontratação – atividade-fim – atividade-meio – *compliance*.

Sumário: 1. A terceirização como um tema sensível. 2. Os princípios éticos regentes da terceirização segundo a jurisprudência. 3. As novas regras da terceirização. 3.1 A polêmica sobre a igualdade de direitos entre os empregados da empresa tomadora dos serviços e os da empresa terceirizada. 4. A ação empresarial preventiva e o caminho do *compliance*. 5. À guisa de conclusão. Referências bibliográficas.

1. A TERCEIRIZAÇÃO COMO UM TEMA SENSÍVEL

“Terceirização” é neologismo que remete à subcontratação de etapas da atividade empresarial ou, em sua forma mais controvertida, à subcontratação de força de trabalho. A vocação de desenvolver a produção de bens ou serviços, antes inteiramente confiada ao empresário ou à sociedade empresária que oferecia tais bens ao mercado, agora é partida e compartilhada com outros

* Augusto César Leite de Carvalho é Mestre em Direito e Desenvolvimento, Doutor em Direito das Relações Sociais e Pós-doutor em Direitos Humanos. É ministro do Tribunal Superior do Trabalho e professor em cursos de graduação e mestrado no Instituto de Educação Superior de Brasília e em curso de pós-doutorado na Universidad de Salamanca.

agentes econômicos.

Diversamente do que ocorria em processos tradicionais de integração econômica — a exemplo da formação de grupos de empresas consorciadas —, na terceirização não há a diversificação da atividade empresarial, mas antes a “descentralização produtiva”¹, ou seja, a fragmentação da atividade preexistente, com o fim de compartilhamento.

Quando distinguimos a *subcontratação da força de trabalho* e a *subcontratação da atividade empresarial*, ou de partes dela, é fácil perceber que essas formas de terceirização podem esquematizar-se sem apego, inclusive, à dicotomia atividade-fim/atividade-meio que tem inspirado, faz mais de vinte anos, a jurisprudência trabalhista, assim sucedendo desde quando a Justiça do Trabalho deu-se conta da necessidade de emprestar à prática um grau mínimo de civilidade.

A subcontratação de segmentos da atividade empresarial é a que mais se disseminou em vários países, quase sempre ao argumento de viabilizar a empresa-rede, ou seja, aquela em que partes da atividade nuclear são transferidas para empresas-satélite em busca de racionalização, controle de estoque e produção etc. É comum, nesse caso, que a atividade fragmentada seja inteiramente desenvolvida pela empresa contratada (fabricação de autopeças para a indústria automobilística, serviços especializados de fundação na construção civil, ou de transporte de numerário para instituição financeira etc.). A empresa contratada integra, então, a cadeia produtiva e é responsável assim pela entrega do produto acabado, ou seja, por bem ou serviço que comporá a linha de produção da empresa contratante, caracterizando-se desse modo a “verdadeira terceirização”².

Por sua vez, a subcontratação de força de trabalho, ou terceirização de mão de obra, refere-se à controvertida transferência para outro ente empresarial de serviços internos, nucleares ou periféricos, que não se desenvolvem geralmente

1 Luisa Fernanda Rodríguez Rodríguez propõe, nessa linha, uma definição mais restrita para a terceirização: “el desprendimiento que hace una empresa de uno de sus procesos empresariales y la entrega del mismo a un tercero quien lo asume con completa autonomía técnica, administrativa y financiera, para hacer entrega de un resultado final por el cual obtiene el pago de un precio” (RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Luisa Fernanda. “Marco Jurídico Colombiano de la Terceirización e Intermediación Laboral. In: Limites da Terceirização no Direito Comparado. Coleção Estudos Jurídicos 2018 da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/escola-judicial/-/publicado-o-livro-limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado->. Acesso em 27/jan/2019).

2 Rodrigo Carelli, após reproduzir o conceito de terceirização extraído de renomada doutrina, observa que “em nenhum momento os conceitos esbarram em repasse de trabalhadores ou de responsabilidade sobre estes, ou fornecimento de mão-de-obra. O mote da terceirização é o repasse de serviços ou atividades especializadas para empresas que detenham melhores condições técnicas de realiza-las. É técnica de administração, e não de gestão de pessoal” (CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. São Paulo: Renovar, 2003, p. 77)

como atividade empresarial per se e integram-se à atividade econômica da empresa contratante quando ainda estão a desenvolver-se ou produzir-se (a contratação de trabalhadores, arregimentados por empresa interposta, para a execução, no interior da fábrica, de tarefa intercorrente à atividade fabril etc.).

Nem sempre é fácil divisar, em situações concretas, se há terceirização verdadeira ou se há só a subcontratação de mão de obra. A propósito, o fato de o trabalhador terceirizado laborar no estabelecimento da empresa contratante, lado a lado com os empregados desta, é forte indício de que se trata de mera terceirização de mão de obra. Mas não é possível afirmar que esse compartilhamento do local de trabalho é necessário para que assim se conclua (pode haver, por exemplo, apenas fornecimento de mão de obra, por não se enquadrar como atividade empresarial autônoma, na contratação de empresa de teleatendimento para a atuação, no controle de qualidade ou na manutenção de produto, de operadores de teleatendimento que, para esse fim, tanto podem atuar no estabelecimento da empresa contratante quanto em centro de *call center*). Nem o compartilhamento do local de trabalho é prova definitiva de que haveria mero fornecimento de mão de obra (por haver autonomia, hipoteticamente, na atuação em hospital conveniado de profissional credenciado por operadora de plano de assistência à saúde).

Sucedem também de atividade periférica, ou atividade-meio, ser inteiramente desenvolvida por empresa contratada, como atividade *per se* (fornecimento de alimentação para qualquer empresa etc.). O que se nota, e atesta a experiência, é a aptidão de gerar conflitos trabalhistas, em grau acentuadamente maior, nos casos em que há apenas a subcontratação de mão de obra, sem que a atividade subcontratada possa apresentar-se como atividade empresarial autônoma.

No Brasil e em outros países, a subcontratação de mão de obra é, em verdade, indício de fraude, ou seja, de dissimulação de trabalho subordinado ao titular da empresa contratante (ou a seus prepostos) sob as vestes de trabalho terceirizado. É, exempli gratia, o que notam Lucas F. Tamagno acerca da terceirização na Argentina³, Luisa Fernanda Rodríguez

3 TAMAGNO, Lucas F. “La Responsabilidad Solidaria por Tercerización de Tareas en Argentina: su regulación y efectos.” In: *Limites da Terceirização no Direito Comparado*. Coleção Estudos Jurídicos 2018 da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/escola-judicial/-/publicado-o-livro-limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado->. Acesso em 27/jan/2019. Tamagno adverte que “muchas veces las empresas, bajo el esquema de un contrato de prestación de servicios, contratan a otras empresas para que simplemente le provean personal. Estas situaciones tienen por objeto reducir costos laborales, intentar evitar responsabilidades y en otros casos poder contratar por contar con algún impedimento para hacerlo. Lo cierto es que en estos casos no existe una tercerización sino que existe una contratación fraudulenta del personal por interpósita persona que ha merecido una consideración especial en la Ley de Contrato de Trabajo en su art 29, estableciendo un régimen de responsabilidad

Rodríguez sobre a terceirização na Colômbia⁴, David Montoya Medina a propósito da terceirização na Espanha⁵ e Eliana dos Santos Alves Nogueira quanto à terceirização na Itália⁶. No Brasil e nesses países, a terceirização de mão de obra, se não comporta a autonomia da atividade terceirizada pela empresa contratada, importa o reconhecimento de emprego direto entre os trabalhadores terceirizados e a empresa contratante.

É curioso notar que, *a priori*, tais considerações doutrinárias parecem dissociadas de aspectos factuais e jurídicos inspiradores da construção jurisprudencial que, durante mais de vinte anos, só admitiu como válida a terceirização da atividade-meio (serviço de limpeza ou de vigilância, regra geral). Em uma primeira e superficial perspectiva, é como se a jurisprudência tradicional do TST, consolidada em sua Súmula n. 331, atribuisse todos os vícios apenas à terceirização da atividade-fim. É preciso, porém, ter-se em vista outras nuances dos vários fundamentos da jurisprudência para que se a compreenda melhor.

Embora se tenha justificado, a nosso ver, a cautela do TST de não

mayor al previsto para la subcontratación de personal. [...] En este caso, la norma establece que los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación”.

4 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, em obra citada. Rodríguez lembra sentença do Conselho de Estado que anulou decreto do governo colombiano que confundia as figuras de terceirização e da intermediação, esclarecendo: “[...] no compartimos la idea de que pueda existir la tercerización de trabajadores sino sólo de procesos empresariales. La denominada ‘tercerización de trabajadores’ en realidad es un ejercicio de intermediación por suministro de personal o simple intermediación”.

5 MONTOYA MEDINA, David. “La Tutela Jurídica de los Trabajadores Ante la Subcontratación en el Ordenamiento Jurídico Español”. In: Limites da Terceirização no Direito Comparado. Coleção Estudos Jurídicos 2018 da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/escola-judicial/-/publicado-o-livro-limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado->. Acesso em 27/jan/2019. Montoya observa que “la legislación española autoriza la concertación de lícitas contrataciones en las que la empresa contratista con sus propios medios materiales y humanos realiza un concreto encargo, con un objeto bien delimitado, para la empresa principal. Lo que no autoriza la legislación española, por constituir una cesión ilegal de trabajadores, es que la empresa contratista no actúe como tal y se limite a ceder trabajadores a la empresa principal, sin intervenir en absoluto en la organización de su actividad laboral y limitando su actividad productiva, precisamente, a esa cesión de trabajadores”.

6 NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. “Apontamentos sobre Contrato de Trabalho Subordinado e Terceirização na Itália”. In: Limites da Terceirização no Direito Comparado. Coleção Estudos Jurídicos 2018 da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/escola-judicial/-/publicado-o-livro-limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado->. Acesso em 27/jan/2019. Alves explica: “[...] a legislação italiana estabelece que no contrato de terceirização a organização dos meios para a execução da obra ou dos serviços contratados fica a cargo da empresa terceirizada (contratada), que também deve exercer o poder organizativo e diretivo no que diz respeito aos trabalhadores que exercem o trabalho contratado via terceirização, assumindo, por consequência, os riscos da empresa”.

permitir que, em detrimento inclusive da lei⁷, a atividade principal da empresa fosse subcontratada sem peias regulatórias, a vida forense tem revelado que esse outro balizamento (terceirização de atividade econômica vs terceirização de mão de obra) deve também ser considerado, pois há muitos exemplos de terceirização não problemática em atividade-fim e, por outro lado, há casos de problemas sérios, conotativos de precarização, em muitas subcontratações de atividade-meio. As causas são várias e algumas podem ser enumeradas:

a) a ideia de pertencimento é relativizada quando o trabalhador terceirizado produz ombro a ombro com o empregado diretamente contratado e há uma tendência, com base inclusive no art. 3º da Lei n. 6.019/1974⁸, de ele ser tratado como integrante de categoria profissional diferente da deste⁹, sem a garantia dos mesmos direitos historicamente conquistados¹⁰ ;

b) a interinidade, ou a maior rotatividade do emprego, é uma característica dos contratos mediante terceirização¹¹, o que afeta não somente o comprometimento do trabalhador como também a viabilidade de capacitação, especialização¹², treinamento preventivo contra acidentes¹³ etc.

7 Ao fixar, genericamente, que a subcontratação era ilegal, a Súmula n. 331 do TST estava atenta ao aspecto de a CLT regular apenas contratos protagonizados por empregados e empregadores, sem terceiros. É fato, porém, que o STF entendeu que a matéria teria base constitucional e, no julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958252 pelo STF, consentiu a subcontratação da atividade-fim.

8 Ao fixar, genericamente, que a subcontratação era ilegal, a Súmula n. 331 do TST estava atenta ao aspecto de a CLT regular apenas contratos protagonizados por empregados e empregadores, sem terceiros. É fato, porém, que o STF entendeu que a matéria teria base constitucional e, no julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958252 pelo STF, consentiu a subcontratação da atividade-fim.

9 Ao fixar, genericamente, que a subcontratação era ilegal, a Súmula n. 331 do TST estava atenta ao aspecto de a CLT regular apenas contratos protagonizados por empregados e empregadores, sem terceiros. É fato, porém, que o STF entendeu que a matéria teria base constitucional e, no julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958252 pelo STF, consentiu a subcontratação da atividade-fim.

10 Segundo dados do DIEESE (2013/2014), os trabalhadores terceirizados percebem remuneração 27,1% inferior à dos trabalhadores diretos (dado compilado por Feliciano, op. cit., p. 256). Também sobre essa redução de direitos, quando comparados o trabalhador terceirizado e o empregado contratado diretamente: PORTO, op. cit., p. 172.

11 De acordo com o IPEA, os empregados diretos permanecem no mesmo emprego por 5,8 anos em média, enquanto os terceirizados permanecem no mesmo emprego, em média, por apenas 2,6 anos (dado compilado por Feliciano, op. cit., p. 256).

12 De acordo com o IPEA, os empregados diretos permanecem no mesmo emprego por 5,8 anos em média, enquanto os terceirizados permanecem no mesmo emprego, em média, por apenas 2,6 anos (dado compilado por Feliciano, op. cit., p. 256).

13 De acordo com o IPEA, os empregados diretos permanecem no mesmo emprego por 5,8 anos em média, enquanto os terceirizados permanecem no mesmo emprego, em média, por apenas 2,6 anos (dado compilado por Feliciano, op. cit., p. 256).

c) a interlocução com o titular da empresa, com vistas à garantia de condição existencial ou econômica de trabalho mais adequada, pulveriza-se quando o empregador não é o titular da empresa contratante, sendo, em vez disso, um empresário tantas vezes invisível no local de trabalho, titular de uma empresa terceira sediada em outro estabelecimento;

d) a expectativa de ver cumpridas as obrigações empresariais se dissolve quando o trabalhador terceirizado não relaciona os bens patrimoniais visíveis, ou seja, os da empresa tomadora dos serviços, com aqueles que servirão para honrar seus créditos trabalhistas.

O nosso objetivo, neste breve ensaio, é discorrermos acerca dos princípios éticos da terceirização em geral e identificarmos os parâmetros previstos em lei para a terceirização da saúde, pretendemos avançar com a indicação das mudanças promovidas nas reformas trabalhistas de 2017 a propósito da terceirização em geral, com destaque para a igualdade de direitos entre os trabalhadores terceirizados e os contratados diretamente pela empresa tomadora dos serviços. Por fim, teceremos algumas considerações sobre a importância de os entes empresariais se autorregularem com vistas a suprir as eventuais omissões ou inconsistências do marco legal com ações concretas que possam gerar harmonia na organização empresarial, sem necessidade de judicialização.

2. OS PRINCÍPIOS ÉTICOS REGENTES DA TERCEIRIZAÇÃO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA¹⁴

Conforme se pode perceber ao exame do tema relacionado à terceirização, a Justiça do Trabalho sempre se revelou parcimoniosa ao delimitá-lo. Em 1983, quando a Constituição em vigor não punha em relevo a força normativa de direitos fundamentais, o Tribunal Superior do Trabalho interpretou os artigos 2º e 3º da CLT para afirmar que a relação de emprego triangular não se ajustava ao texto legal, pois a lei geral da época (a CLT) predizia apenas o empregado e o empregador como possíveis sujeitos do contrato de emprego.

Naquele tempo, o empresariado brasileiro já se deixava seduzir pela tentação de transferir para terceiros a sua produção, ou até transferir a responsabilidade de empregador que antes lhe cabia por inteiro¹⁵. E porque duas

14 Neste e no fragmento final deste artigo, reiteramos, com alguns ajustes, aquilo que está no capítulo 8.6, e seus subtítulos, de: CARVALHO, Augusto César Leite de. Direito do Trabalho: curso e discurso. São Paulo: Editora LTr, 2018 e 2019.

15 Sobre a história da terceirização no Brasil, Noemia Porto observa que “a terceirização/subcontratação pode ser considerada fenômeno velho e novo. Sua origem mais visível no Brasil se deu em razão do trabalho rural, diante da conhecida figura do ‘gato’ [...]. Todavia, os

leis especiais previam a possibilidade de triangulação no trabalho temporário e na vigilância bancária, o TST editou enunciado de súmula (Enunciado n. 256) em que se mostrava atento aos estritos limites legais: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.ºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Nenhuma modificação significativa, no panorama das leis, sucedeu na década seguinte, mas é fato que, em 1993, o TST resolveu ajustar seu enunciado de súmula à contingência socioeconômica de a subcontratação de serviços disseminar-se como técnica de gestão empresarial desde o surgimento, nos Estados Unidos, das *temporary work agencies*¹⁶. A corte trabalhista de cúpula então prenunciou que, apesar dos limites da lei ainda em vigor (ou *de lege ferenda*), a triangulação da relação laboral haveria de ser tolerada quando não adotada na atividade-fim, ou seja, quando não implantada em serviços diretamente relacionados ao objetivo social da empresa, à sua *core activity*.

O TST substituiu, na ocasião, o antigo enunciado n. 256 pelo de n. 331, com essa finalidade e também para harmonizar a súmula de sua jurisprudência às leis de direito administrativo que autorizavam a subcontratação de serviços pela administração pública. É de se notar que, em 1993, a Súmula n. 331 do TST tornou lícita uma triangulação de serviços contra a qual a comunidade jurídica internacional ainda esboçava alguma resistência, bastando ver que, em 1997, a Suprema Corte do Canadá manteve a decisão da Ontario Labour Relations Board que atribuía à Nike Canada Ltd. a condição de empregadora de trabalhadores que lhe prestavam serviço sob o controle formal de agência de trabalho temporário e, em 1999, a Corte de Apelações de São Francisco, nos Estados Unidos, ao julgar o caso

novos modos de acumulação capitalista forneceram outros contornos à prática, e a difundiram enormemente para abranger diversas atividades laborais. A terceirização não constituiu aspecto importante no processo de industrialização brasileira iniciado a partir das décadas de 1930 e 1940. Sua consolidação é posterior. [...] Na realidade, as transformações que vêm ocorrendo desde a década de 1970, com uma forma de organização capitalista caracterizada pela especialização flexível, pelo aumento da mobilidade do capital e pela redução da proteção aos assalariados, de modo a designar novas morfologias do trabalho [...] foram intensificadas no decorrer da década de 1990” (PORTO, Noemia. “Terceirização: o trabalho como uma questão de cidadania”. In: O Mundo do Trabalho no Contexto das Reformas: análise crítica. Homenagem aos 40 anos da Amatra 8/Ney Maranhão. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 171).

16 Anota Rodrigo de Lacerda Carelli que, em rigor, “a terceirização não é um fenômeno recente, mas sim a amplitude de sua utilização. Robert Castel conta que na Europa, entre os séculos XVI e XVIII, praticava-se o ‘putting-out’, sistema de subcontratação onde o comerciante fornecia a lã, o tecido de lã ou o metal, e às vezes até as ferramentas, a trabalhadores habitantes no meio rural, retornando este o material acabado ou semiacabado. O interessante é que, ainda segundo Castel, a subcontratação teve como móvel contornar as regras da organização tradicional das profissões (corporações de ofício), já que os subcontratados (ou terceirizados da época) eram camponeses, fora do âmbito da estruturação urbana dos ofícios” (CARELLI, op. cit., p. 74).

Vizcaino v Microsoft Corp, reconheceu o vínculo de emprego entre a Microsoft e milhares de trabalhadores que a ela prestavam serviço com a intermediação de agência de trabalho temporário. A propósito, a Convenção n. 181 da Organização Internacional do Trabalho somente viria a consentir as agências de emprego privadas na Conferência Geral de 1997.

Recentemente, a Lei n. 13.467/2017 (conhecida como “reforma trabalhista”) alterou dispositivos da lei do trabalho temporário (a mencionada Lei n. 6.019/1974) para permitir que a subcontratação de serviços ocorra na atividade-fim, ou “atividade principal” da empresa, desde que a empresa interposta, ou “empresa prestadora de serviços”, contrate, remunere e dirija o trabalho realizado pelos trabalhadores terceirizados (art. 4º-A, §1º). Caberá aos empresários e à Justiça do Trabalho garantir a eficácia dessa nova ordem legal, valendo anotar que o TST somente não adaptou sua Súmula n. 331 ao texto da nova lei porque o novo art. 702 da CLT, paradoxalmente, impede que a jurisprudência trabalhista seja ajustada à nova CLT.

Destaque para a exigência, em mencionado art. 4º-A, §1º da Lei n. 6.019/1974, de a empresa prestadora dirigir a prestação de trabalho do empregado terceirizado, não podendo a empresa contratante comandar, diretamente, tal serviço. Diferente do que possa parecer, a nova lei não protegerá ou imunizará a empresa que terceirizar sua atividade principal, mas mantiver os trabalhadores terceirizados sob seu controle, pois nessa hipótese a ilegalidade da subcontratação implicará a responsabilidade direta, vale dizer, a responsabilidade de empregadora, para a sociedade empresária que assim agir. Nesse ponto, a nova lei brasileira parece afinada com a *joint employer doctrine* que, com alguma circunstancial matização, vigora nos Estados Unidos, país pouco afeito à regulação das relações trabalhistas.

Embora não se pretenda que o direito do trabalho engesse ou paralise a atividade econômica, cabe-lhe por certo estabelecer os parâmetros que viabilizam a progressão da economia — inclusive na perspectiva da geração de emprego e renda — sem aviltamento da dignidade humana. Os sistemas econômico e jurídico-trabalhista não se excluem, antes devendo interagir.

3. AS NOVAS REGRAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Antes mesmo de o STF constitucionalizar a matéria e, em 30/ago/2018, desautorizar a parte da Súmula n. 331 do TST que admitia a licitude da terceirização apenas na atividade-meio, a Lei n. 13.429/2017 e a Lei n. 13.467/2017 já haviam eliminado, ao menos no tocante às relações laborais constituídas a partir de 11/nov/2017 (data de edição da Lei n. 13.467/2017, com texto mais claro nesse sentido), a restrição jurisprudencial

que havia quanto à subcontratação de serviços na atividade-fim. Essas leis expressamente consentem, por meio de alterações que promovem na Lei n. 6.019/1974 (antes restrita ao trabalho temporário), a subcontratação integral também no âmbito da *atividade principal* da empresa contratante (art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974).

Mas é importante frisar, como mais uma vez enfatizamos, que “a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores” (art. 4º-A, §1º, da Lei n. 6.019/1974). Logo, o empresário que pretender terceirizar fragmentos de sua atividade principal haverá de transferir, por inteiro, a direção dos trabalhos *terceirizados* ao titular da empresa contratada, ou subcontratada. Se o empresário terceiriza parte de sua atividade e continua supervisionando os serviços agora terceirizados, a terceirização é ilícita, não tem validade jurídica, cabendo a dito empresário a condição de empregador direto, ressalvados os casos já mencionados de trabalho temporário ou de serviço de vigilância.

Cabe, a respeito, abrir um parêntese para anotar que em países nos quais a terceirização evoluiu como técnica administrativa dissociada do propósito de disfarçar o real empregador, ou de simplesmente exonerá-lo de suas obrigações trabalhistas, há muito se preserva a regra de não permitir que a empresa tomadora dos serviços dirija os serviços terceirizados. É o que ilustra a magistrado Manoel Carlos Toledo Filho, ao prefaciar a coletânea Estudos Jurídicos 2018, que coordenou como Diretor da Escola Judicial da Justiça do Trabalho da 15ª Região. Conta-nos Toledo que enquanto caminhava pelo centro de Montevideú, na companhia do jurista uruguaio Mario Garmendia Arigón, ao passar por uma loja de roupas, perguntou ao colega uruguaio se não imaginava serem terceirizados todos os vendedores que ali trabalhavam, dado que a terceirização estava há algum tempo franqueada, amplamente, no Uruguai. Surpreendeu-se com a estupefação e a pronta resposta:

“Não! Se o proprietário da loja subcontrata (terceiriza) o vendedor ou o balconista, ele não poderá interferir em seu horário de entrada, em seu horário de saída, em seus intervalos para refeição, em sua apresentação pessoal, em seu modo de manusear as mercadorias, em sua maneira de receber e tratar os clientes, na forma como ele controla os pagamentos e o dinheiro recebido... por que o dono do negócio iria fazer isso?”

Há mais: o art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 traz conceito de terceirização que inclui, como elemento essencial, a capacidade econômica da empresa contratada: “considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita

pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

Ao comentar o citado art. 4º-A, Guilherme Guimarães Feliciano identifica “um requisito de estrita *legalidade* da triangulação, até mesmo pela interpretação gramatical do novo texto legal: *a contrario sensu*, faltando à prestadora a ‘capacidade econômica compatível’, a triangulação sob análise não pode ser ‘considerada’ contrato de prestação de serviços a terceiros alcançado pelo art. 4º-A”.

Quando conclui seu raciocínio, Feliciano enleva aquela que lhe parece ser a grande novidade: “se a inidoneidade econômica era, antes, um pressuposto para a responsabilidade patrimonial subsidiária da empresa tomadora de serviços (v. Súmula n. 331, IV, TST), a condição econômica da empresa prestadora *antecipa-se*, para efeitos legais e judiciais, a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017”, ou seja, “se a inidoneidade econômica remontar ao tempo da própria contratação da empresa prestadora de serviços, será forçoso reconhecer a *irregularidade ‘ab ovo’* desse contrato (= *ilegalidade*), o que redundará, logicamente, em um nível *mais profundo* de responsabilidade patrimonial da empresa tomadora, a se estabelecer concretamente entre a responsabilidade solidária da tomadora e o próprio reconhecimento do vínculo empregatício entre o tomador e os empregados da tomadora”¹⁷.

Outro aspecto de enorme relevância: embora a empresa contratante não se possa imiscuir na direção dos trabalhos que terceirizar, a Lei n. 6.019/1974 está agora a exigir que ela garanta “as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato” (art. 5º-A, § 3º da Lei n. 6.019/1974), atribuindo-lhe responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas ou previdenciárias acaso não honradas pelas empresas contratadas (art. 5º-A, § 5º da Lei n. 6.019/1974).

A empresa contratada, ou subcontratada, por sua vez, deve garantir, sempre que o trabalho terceirizado ocorrer nas dependências da empresa contratante, as mesmas condições oferecidas pela empresa contratante a seus próprios empregados no tocante à alimentação porventura fornecida em refeitórios, aos serviços de transporte, ao atendimento médico ou ambulatorial e ao treinamento adequado quando a atividade o exigir, além das mesmas condições sanitárias e de proteção à saúde e à segurança no trabalho, com instalações adequadas à prestação do serviço (art. 4º-C, I e II, da Lei n. 6.019/1974).

17 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional / Carlos Eduardo Oliveira Dias et al. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 254.

É certo que o Ministério Público e os entes coletivos, além do próprio trabalhador, poderão acionar o Poder Judiciário, postulando tutela específica¹⁸ e medidas coercitivas¹⁹, sempre que as empresas não cumpram, espontaneamente, a nova ordem legal.

3.1 A polêmica sobre a igualdade de direitos entre os empregados da empresa tomadora dos serviços e os da empresa terceirizada

Está visto que o direito do trabalho tem resistido à ideia de que se possa promover a terceirização de serviços com o objetivo subliminar de precarizar a prestação laboral. Em verdade, aceita-se a subcontratação do trabalhador em virtude de ela ser virtualmente necessária à realização de serviços especializados, o que se intensifica na mesma proporção em que se tornam complexas algumas atividades produtivas, em todos os ramos da economia.

Parece evidente, inclusive, que os avanços da biogenética exigem a intromissão de empresas especializadas no desenvolvimento da agricultura e da pecuária, a exemplo do que sucede com a nanotecnologia e a automação nas atividades fabris e de serviços, para não dizer da pluralidade de novos contextos relacionais e operacionais que se descortinam nas atividades voltadas às áreas de comunicação e de distribuição de energia, às vezes imbricadas aquelas e estas.

A aparente conveniência ou quiçá a pontual necessidade de as empresas tradicionais contratarem serviços especializados a outras empresas não deve, porém, levar a reboque a dignidade da condição de trabalho conquistada pelos empregados que antes formavam na categoria dos trabalhadores contratados diretamente pela empresa tomadora, ou seja, pela destinatária final dos serviços. As estatísticas²⁰ revelam que há, não raro, a tentativa de reduzir direitos a pretexto de que a *terceirização* serviria para o realinhamento dos salários e a promoção de novo enquadramento sindical, invariavelmente em prejuízo dos trabalhadores.

18 Código de Processo Civil acerca da tutela específica: Art. 497 - Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único - Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. Art. 498 - Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

19 Art. 139 do CPC - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

20 Ver notas ao final do primeiro capítulo deste artigo.

Cabe recordar que, no plano das leis, a primeira manifestação de tolerância, no Brasil, à subcontratação de serviços em empresas privadas deu-se com a edição da Lei n. 6.019/1974, a lei do trabalho temporário. Não obstante essa lei preveja a possibilidade de subcontratação de serviços no âmbito da atividade-fim ou atividade principal, o seu art. 12, *a*, assegura “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional”. Esse dispositivo sempre foi interpretado como a exigir igualdade salarial entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa-cliente.

Está a desafiar maior esforço hermenêutico, portanto, o art. 4º-C da Lei n. 6.019/1974 que faculta ao empresário ou sociedade empresária que promover a subcontratação de trabalhadores a prerrogativa de cumprir, ou não, o postulado da igualdade salarial. Citado dispositivo parece contradizer o mencionado art. 12, *a*, da mesma lei ao predizer que “contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante”.

A propósito, a terceirização não deve ser motivo suficiente a legitimar o retrocesso social, ainda que se a aceite como técnica de gestão empresarial. E se não é discrimen válido para vulnerar o princípio da igualdade, caberá ao Poder Judiciário decidir se o mencionado art. 4º-C da Lei n. 6.019/1974 está a violar o art. 5º da Constituição – que entre nós consagra o postulado da isonomia – e, *pari passu*, se está a infringir as normas de direito internacional que também prescrevem a igualdade entre os iguais, especialmente a Convenção n. 100 da OIT²¹, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 7º), também o Protocolo de San Salvador (art. 7º).

Quando houve de enfrentar essa matéria no tocante à terceirização dos serviços no âmbito da administração pública, o TST foi firme ao afirmar: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 03.01.1974”. Assim se manifestou o TST por meio da Orientação Jurisprudencial 383 da sua subseção SBDI-1.

É bom ver que a corte trabalhista assentou uma premissa que extrapola o universo mais restrito da *terceirização* de serviços na administração

21 A Convenção n. 100 da OIT é uma das oito convenções fundamentais que, por serem fundamentais, consubstanciam compromisso dos estados--membros da OIT independentemente de ratificação.

pública, embora a ele textualmente se refira. A decisão se fez mais urgente na subcontratação de serviços públicos porque mesmo quando ela ocorre para a realização da atividade-fim, ou seja, para a execução da atividade estatal ou da atividade normalmente cometida à administração pública descentralizada, não é possível à Justiça do Trabalho atribuir a qualidade de empregador ao órgão público ou à empresa estatal, dado que lhe impediria a necessidade de prévio concurso de provas e títulos (art. 37, II da Constituição).

Mas a premissa estabelecida pela Justiça do Trabalho é transcendente: por analogia ao art. 12 da Lei n. 6.019/74, a *terceirização* implica a igualdade de salários entre os empregados da empresa *terceirizada* e aqueles contratados diretamente pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções²².

4. A AÇÃO EMPRESARIAL PREVENTIVA E O CAMINHO DO COMPLIANCE

A obrigação jurídica, vale dizer, a predisposição de cumprir o comando legal não pressupõe, como motivação indispensável, o receio da coerção judicial. A atuação do Poder Judiciário há de ser extraordinária, ou decorrente da indiferença do devedor à regra jurídica que lhe é imposta em proveito da pacificação social.

O respeito à dignidade humana – que corresponde ao dever de proporcionar trabalho digno ou decente – não somente evita a geração de passivos cíveis ou trabalhistas, mas promove sustentabilidade que se traduz, no que interessa, em ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado. Investir em prevenção significa investir na harmonização do meio social e, de resto, é economicamente mais vantajoso que reparar perdas e danos.

Conforme se pôde constatar ao longo deste escrito, a adoção da técnica de subcontratar serviço nuclear ou periférico, quando engendrada sem o propósito de concentrar esforços na atividade principal e sim para reduzir direitos, esbarra em tópicos polêmicos que causam insegurança jurídica – a exemplo de quando a empresa contratante não resiste à tentação de dirigir pessoalmente os serviços terceirizados, ou contrata empresa sem capacidade econômica, ou ainda não exige que a empresa interposta ofereça as mesmas condições de higiene, segurança e salubridade asseguradas aos empregados diretamente contratados. O que se cogita, está visto, é da violação de princípios ou valores previstos, com força vinculante, em normas internas ou internacionais.

Em rigor, estamos a tratar da eficácia horizontal, ou entre particulares, das normas previstas na Constituição ou em tratados internacionais de direitos

22 Neste mesmo sentido – o da isonomia salarial obrigatória – o Enunciado n. 76 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

humanos. É dizer, com André de Carvalho Ramos, que “a possível limitação do âmbito de alcance dos direitos fundamentais, restringindo-os somente para alcançar entes públicos, é verdadeiro resquício da origem dos direitos fundamentais”²³. O citado autor explica que, no âmbito das normas internacionais, há dois modos de se constatar a eficácia horizontal: o primeiro modo é o que consiste no reconhecimento, no corpo de alguns tratados, da previsão de que as normas ali veiculadas obrigam também aos particulares²⁴; a segunda modalidade de eficácia horizontal “consiste em fiscalizar o cumprimento, pelo Estado, de sua obrigação de *garantia* de direitos humanos”²⁵.

Daí deriva, *grosso modo*, o dever de diligência (*due diligence*), ou seja, o dever de o Estado prevenir a violação de direitos humanos por particulares, sob pena de se atribuir a ele (ao Estado) responsabilidade internacional²⁶. O *due diligence* é importante porque explica a inserção dos direitos sociais, como direitos exigíveis de particulares, entre os direitos humanos. Para Ramos, são duas as razões que acarretam essa proteção dos direitos humanos na esfera privada: “o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e que essa dignidade tem que ser construída em sua integralidade. Ou seja, em um ambiente no qual se misturam agentes estatais e privados”²⁷.

Sem embargo de o “dever de diligência” também justificar a atribuição de responsabilidade internacional ao Estado em cujos domínios se der a vulneração do princípio da dignidade humana, é certo que a responsabilidade primária é do agente econômico investido de poder social a quem se acusa de violação de direitos sociais — sendo estes, os direitos sociais, uma indiscutível dimensão dos direitos humanos. Em outras palavras: a responsabilidade primária é, se há infração, do empregador.

E se o objetivo é atuar preventivamente, o ente empresarial tem a seu favor a possibilidade de recorrer ao *compliance* ou, em síntese, ao “estabelecimento de mecanismos de autorregulação e autorresponsabilidade pelas pessoas jurídicas”. Referindo-se assim, esclarecem Oliva e Silva: “Estipulam-se normas de conduta a serem seguidas, de maneira a garantir o respeito à legalidade, à transparência, bem como a ausência de conivência com qualquer tipo de infração ou ilícito praticados pelos funcionários ou

23 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. Livro eletrônico, Parte II, capítulo 15, p. 3/8.

24 André de Carvalho Ramos (*idem, ibidem*) cita, como exemplos, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

25 *Ibidem*.

26 O autor cita (*op. cit.*, p. 4/8), como precedente no sentido de atribuir responsabilidade pela omissão no dever de diligência, o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Godinez Cruz*.

27 *Op. cit.*, p. 5/8.

representantes da sociedade”²⁸.

Sustenta Luís Carlos Moro que embora o conceito de *compliance* esteja fortemente vinculado ao direito penal e às regras de proteção dos mercados de ações, é exato dizer que “se estamos a tratar de ilicitude da conduta empresarial, essa aferição há de alcançar todas as suas searas, entre as quais, é evidente, também a administração do trabalho, em todos os seus modos de expressão”²⁹.

Autorregulação não é, aliás, conceito novo no *habitat* laboral. Bem ao contrário, a autorregulação é técnica familiar ao direito do trabalho, pois há muito se convive com a possibilidade de o empregador instituir “regulamento de empresa”, nele enumerando as condições de trabalho que assegura genericamente aos empregados e assim se obrigando a observar essas regras, sob pena inclusive ao controle judicial. No novo horizonte do *compliance*, porém, a autorregulação incorpora os signos da prevenção e da eticidade, apresentando-se como “uma grande frente a ser explorada, a fim de se buscar uma mudança nos valores e práticas empresariais, por meio da criação de uma nova cultura empresarial, baseada na ética e no cumprimento das normas legais”³⁰.

5. À GUIA DE CONCLUSÃO

A terceirização é compreendida como a subcontratação de etapas da atividade empresarial ou, em sua forma mais controvertida, a subcontratação de força de trabalho. A subcontratação de segmentos da atividade empresarial é a que mais se disseminou em vários países. É comum, nesse caso, que a atividade fragmentada seja inteiramente desenvolvida pela empresa contratada. A empresa contratada integra, então, a cadeia produtiva e é responsável assim pela entrega do produto acabado, ou seja, por bem ou serviço que comporá a linha de produção da empresa contratante, caracterizando-se desse modo a “verdadeira terceirização”.

A seu turno, a subcontratação de força de trabalho, ou terceirização de mão de obra, refere-se à transferência para outro ente empresarial de serviços internos, nucleares ou periféricos, que não se desenvolvem como atividade empresarial autônoma. No Brasil e em outros países, a subcontratação de mão de obra é, em verdade, indício de fraude, ou seja, de dissimulação de trabalho

28 OLIVA, Milena Donato. SILVA, Rodrigo da Guia. “Origem e Evolução Histórica do *Compliance* no Brasil”. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Coordenação de Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 29.

29 MORO, Luís Carlos. “*Compliance* Trabalhista”. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Coordenação de Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.421. Trecho transcrito na p. 431.

30 ATHAYDE, Amanda. FRAZÃO, Ana. “Leniência, *Compliance* e o Paradoxo do Ovo ou da Galinha: do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial”. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Coordenação de Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 297. Texto transcrito na p. 307.

subordinado ao titular da empresa contratante (ou a seus prepostos) sob as vestes de trabalho terceirizado.

Embora se tenha justificado, a nosso ver, a cautela do TST de não permitir que, em detrimento inclusive da lei, a atividade principal da empresa fosse subcontratada sem peias regulatórias, a vida forense tem revelado que esse outro balizamento (terceirização de atividade econômica vs terceirização de mão de obra) deve ser considerado na análise sobre ser lícita ou não a subcontratação – sobretudo agora que foi superado o critério distintivo tradicionalmente adotado pelo TST.

No tocante ao período anterior ao surgimento das reformas de 2017, interessa a inflexão jurisprudencial ocorrida em agosto de 2018, quando o STF, em julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958252, admitiu, já agora com efeito retroativo, a terceirização da atividade-fim em detrimento da construção jurisprudencial que reinava soberana no TST.

O art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 traz conceito de terceirização que inclui, como elemento essencial, o exercício do poder de comando pela empresa contratada e também a capacidade econômica desta. Outro aspecto: embora a empresa contratante não se possa imiscuir na direção dos trabalhos que terceirizar, a Lei n. 6.019/1974 está agora a exigir que ela garanta “as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato”.

Há igualmente exigência relacionada às condições de alimentação, transporte, atendimento médico ou ambulatorial, treinamento dos trabalhadores terceirizados etc. Está, porém, a desafiar maior esforço hermenêutico o art. 4º-C da Lei n. 6.019/1974 que faculta ao empresário ou sociedade empresária que promover a subcontratação de trabalhadores a prerrogativa de cumprir, ou não, o postulado da igualdade salarial. Citado dispositivo parece contradizer o mencionado art. 12, a, da mesma lei, ao facultar ao empresariado o que a ordem jurídica impunha como dever.

Com o objetivo de atuar preventivamente, o ente empresarial pode recorrer ao compliance, ou seja, ao estabelecimento de mecanismos de autorregulação e autorresponsabilidade. A autorregulação é técnica familiar ao direito do trabalho, pois há muito se convive com a possibilidade de o empregador instituir “regulamento de empresa”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda. FRAZÃO, Ana. “Leniência, *Compliance* e o Paradoxo do Ovo ou da Galinha: do compliance como instrumento de autorregulação empresarial?”. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Coordenação de

Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 297.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. São Paulo: Renovar, 2003.

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho: curso e discurso*. São Paulo: Editora LTr, 2018 e 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional* / Carlos Eduardo Oliveira Dias et al. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 254.

MONTOYA MEDINA, David. “La Tutela Jurídica de los Trabajadores Ante la Subcontatación en el Ordenamiento Jurídico Español”. In: *Limites da Terceirização no Direito Comparado*. Coleção Estudos Jurídicos 2018 da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/escola-judicial/-/publicado-o-livro-limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado->. Acesso em 27/jan/2019.

MORO, Luís Carlos. “Compliance Trabalhista”. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Coordenação de Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.421.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. “Apontamentos sobre Contrato de Trabalho Supordinado e Terceirização na Itália”. In: *Limites da Terceirização no Direito Comparado*. Coleção Estudos Jurídicos 2018 da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/escola-judicial/-/publicado-o-livro-limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado->. Acesso em 27/jan/2019.

OLIVA, Milena Donato. SILVA, Rodrigo da Guia. “Origem e Evolução Histórica do Compliance no Brasil”. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Coordenação de Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 29.

PORTO, Noemia. “Terceirização: o trabalho como uma questão de cidadania”. In: *O Mundo do Trabalho no Contexto das Reformas: análise crítica. Homenagem aos 40 anos da Amatra 8/Ney Maranhão*. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 175.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Luisa Fernanda. “Marco Jurídico Colombiano de la Terceirización e Intermediación Laboral”. In: *Limites da Terceirização no Direito Comparado*. Coleção Estudos Jurídicos 2018 da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/escola-judicial/-/publicado-o-livro-limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado->. Acesso em 27/jan/2019.

TAMAGNO, Lucas F. “La Responsabilidad Solidaria por Tercerización de Tareas en Argentina: su regulación y efectos”. In: *Limites da Terceirização no Direito Comparado*. Coleção Estudos Jurídicos 2018 da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/escola-judicial/-/publicado-o-livro-limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado->. Acesso em 27/jan/2019.

A REFORMA TRABALHISTA DA LEI 13.467/2017 E AS LIMITAÇÕES, PELO NOVO ARTIGO 702, I, f E SEUS PARÁGRAFOS 3º E 4º DA CLT, À UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E À EDIÇÃO OU REVISÃO DE PRECEDENTES PELOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS

*José Roberto Freire Pimenta**

Resumo:

O presente artigo, de viés crítico e reflexivo, examina, no plano processual, os impactos produzidos pela Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como a lei da reforma trabalhista, a partir de um recorte específico: o desafio de cumprir a obrigação de uniformização da jurisprudência dos tribunais trabalhistas com a finalidade de mantê-la estável, coerente e íntegra diante das dificuldades e limitações introduzidas pelo artigo 702, I, f e seus parágrafos 3º e 4º da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13. 467/2017.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Uniformização da Jurisprudência. Desafio e dificuldades.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O sistema de edição de precedentes obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva introduzidos pela Lei nº 13.015/2014 e pela aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil de 2015 no Direito Processual do Trabalho brasileiro, para uniformização de jurisprudência, edição de precedentes e julgamento em massa dos processos repetitivos pelos tribunais laborais. 3. A evolução da jurisprudência uniformizada do TST nas primeiras décadas do século XXI e sua recente potencialização, pelo novo sistema de precedentes obrigatórios, como instrumento de combate efetivo contra os descumpridores contumazes e em massa da legislação trabalhista. 4. A hostilidade do legislador da reforma trabalhista contra o mal denominado “ativismo judicial” e sua tentativa de retornar ao paradigma do juiz bouche de la loi: as limitações da nova CLT contra a atuação jurisdicional dos juízes e tribunais trabalhistas

* Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG, Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho e integrante do Conselho Consultivo da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho - ENAMAT.

e contra a autonomia, constitucionalmente a estes últimos assegurada, para uniformizar sua jurisprudência e editar precedentes jurisprudenciais. 5. O novo procedimento introduzido pelo artigo 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT, para a edição de súmulas e de outros enunciados de jurisprudência dominante pelos tribunais trabalhistas e a arguição da inconstitucionalidade desse novo dispositivo legal no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, pela via difusa. 6. As impropriedades e a inconveniência do artigo 702 da CLT, à luz da Lei nº 13.015/2014 e do Código de Processo Civil de 2015, na hipótese de não ser declarada sua inconstitucionalidade. Dúvidas, perplexidades e possíveis soluções. 7. Considerações finais e prospectivas. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito do Trabalho e a própria Justiça do Trabalho brasileiros, frutos de décadas de construção coletiva em prol da concretização dos direitos sociais em nosso país, passam, nestes anos de 2017 e 2018, por um momento de grande crise e transformação.

Se a consagração dos direitos sociais trabalhistas na Constituição Democrática de 1988 como importante vertente dos direitos fundamentais que passaram a figurar no centro do ordenamento jurídico vigente e a significativa ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004 pareceram indicar uma crescente valorização dessa disciplina e desse ramo do Poder Judiciário, a profunda crise institucional, política, econômica e social ocorrida no Brasil a partir de 2014 colocou em xeque, na prática, a centralidade do valor trabalho proclamada no próprio Texto Constitucional e fez nascer, de forma surpreendente, insistentes e despropositadas propostas de extinção dessa Justiça Especial¹. E isso apesar do inegável sucesso de sua atuação, ao longo de sete décadas de existência, em prol da concretização dos direitos dos trabalhadores consagrados na Constituição, nas leis e nas normas coletivas de trabalho em vigor que, no entanto, também se refletiu em uma exponencial e crescente explosão no número de reclamações anualmente ajuizadas.

É nesse quadro que deve ser compreendida e situada a polêmica “reforma trabalhista” promovida pela Lei nº 13.467/2017, que, em tempo recorde, alterou ou acrescentou mais de duzentos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, com os declarados propósitos de modernizar a legislação do trabalho, promover a inclusão de amplos setores da população ativa antes excluídos da proteção das normas laborais e diminuir o número considerado excessivo de demandas trabalhistas, por meio do combate à denominada

¹ Para uma resposta densa, apropriada e definitiva contrária a tais propostas, veja-se, por todos, VEIGA, Aloysio Corrêa da. *Uma retórica maçante e desagradável*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: v. 83, nº 4, p. 28-30, out./dez. 2017.

“litigância irresponsável”. A profundidade das modificações nas regras e nos princípios juslaborais foi enorme, exigindo de todos os operadores do Direito do Trabalho um grande esforço para bem compreendê-las, interpretá-las e aplicá-las, de maneira coerente e sistemática, em conformidade com a Constituição, com as normas internacionais de direitos humanos e da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil e com o conjunto do ordenamento jurídico infraconstitucional em vigor.

Em momento tão delicado, é imprescindível discutir, com as necessárias profundidade e amplitude, uma matéria que diz respeito à própria razão de ser e aos limites do papel constitucional e legal dos tribunais trabalhistas brasileiros, em cumprimento a seu dever de manter estável, íntegra e coerente sua jurisprudência uniforme, na expressa dicção do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, supletiva e subsidiariamente aplicável à esfera trabalhista por força dos artigos 15 do referido diploma processual comum e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. O SISTEMA DE EDIÇÃO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E O MICROSSISTEMA DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA INTRODUZIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014 E PELA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRO, PARA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, EDIÇÃO DE PRECEDENTES E JULGAMENTO EM MASSA DOS PROCESSOS REPETITIVOS PELOS TRIBUNAIS LABORAIS

Duas das mais profundas e significativas inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro (aprovado pela Lei nº 13.105, de 16/3/2015, alterado pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016, e que entrou em vigor, depois de uma *vacatio legis* de um ano, em 18/3/2016) foram a adoção do *sistema de edição precedentes judiciais obrigatórios* e do *denominado microssistema de litigiosidade repetitiva* (composto pelos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e de julgamento dos recursos de natureza extraordinária repetitivos).

Tais inovações, na verdade, em boa parte já haviam sido antecipadas na esfera processual trabalhista pelas alterações no sistema recursal disciplinado pelos artigos 893 a 901 da Consolidação das Leis do Trabalho promovidas pela Lei nº 13.015, de 21/7/2014² e por sua regulamentação no âmbito do Tribunal

2 Sobre o tema, veja-se DALAZEN, João Oreste. *Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 80, nº 4, p. 204-263, out./dez. 2014; PIMENTA, José Roberto Freire. *A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios*. In: BELMONTE, Alexandre Agra (organizador). *A nova*

Superior do Trabalho³.

A questão que de imediato se colocou na data da vigência do novo CPC foi se esses *sistemas* seriam ou não aplicáveis ao processo do trabalho e, em caso afirmativo, se integralmente ou apenas parcialmente, na medida em que seu artigo 15 (que não revogou os artigos 769 e 889 da CLT) reafirma que, na ausência de normas de Direito Processual do Trabalho, suas disposições ser-lhes-ão aplicadas não só de forma subsidiária (como já ocorria, por força dos referidos preceitos consolidados) mas também *supletiva*. Foi esse o problema fundamental que se procurou equacionar na Instrução Normativa nº 39/2016, aprovada pela Resolução nº 203, de 25/3/2016, do Órgão Especial do TST.

Como ficou expresso em seus *consideranda* e em sua exposição de motivos, para atender à exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho e com o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento de desejável celeridade, nela pretendeu-se identificar apenas questões polêmicas e algumas das mais importantes inovações do novo Código de Processo Civil. Para tanto, buscou expressar, *ainda que de forma não exaustiva*, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre os preceitos do referido Código considerados *não aplicáveis* (art. 2º da IN 39), *os aplicáveis* (art. 3º) e *os aplicáveis em termos*, isto é, com as necessárias adaptações (os demais referidos na IN a partir de seu art. 4º). Como não poderia deixar de ser, o fio condutor dessa norma foi somente admitir a invocação subsidiária ou supletiva do novo CPC se houver, de forma cumulativa, omissão (total ou parcial) das normas processuais trabalhistas sobre a matéria e também compatibilidade das normas processuais do novo CPC com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho.

Especificamente com relação aos temas da uniformização da jurisprudência e da edição de precedentes (persuasivos ou obrigatórios) pelos tribunais trabalhistas, pretendeu-se “transpor para o processo do trabalho as inovações relevantes que valorizam a jurisprudência consolidada dos tribunais” (exposição de motivos da IN 39, *in fine*), o que fez de maneira expressa ao proclamar *aplicáveis por inteiro* ao processo do trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do novo Código que regulam os temas da

lei de recursos trabalhistas: Lei nº 13.015/2014. São Paulo: LTr, p. 25-70, 2015; e In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 80, nº 4, p. 95-162, out./dez. 2014; PIMENTA, José Roberto Freire. *A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho*. In: DELGADO, Gabriela Neves, PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; LOPES, Othon de Azevedo (organizadores). *Direito Constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, p. 225-267, 2015.

3 Vejam-se o Ato nº 401/SEGJUD.GP, de 23/9/2014, da Presidência do TST, e a Resolução nº 38/2015, aprovada pela Resolução nº 201 do Órgão Especial do TST, de 10/11/2015, publicada no DEJT de 17/11/2015.

fundamentação da sentença (art. 489, com as adaptações previstas no artigo 15 da referida IN), da *força da jurisprudência dos tribunais* (arts. 926 a 928), do *incidente de assunção de competência* (art. 947 e parágrafos), da *reclamação* (arts. 988 a 993) e, com as necessárias adaptações e restrições desde logo explicitadas nos artigos 7º e 8º da IN nº 39, do *julgamento de improcedência liminar do pedido* (art. 332 do CPC, em parte) e do *incidente de resolução de demandas repetitivas* (arts. 976 a 986 do CPC, com as adaptações dos §§ 1º a 3º do referido art. 8º).

É ainda importante observar que os próprios artigos 896-B e 896-C da CLT (introduzidos pela Lei nº 13.015/2014 em data anterior à promulgação do CPC de 2015) já haviam disciplinado, na esfera recursal trabalhista, o *incidente de recursos de revista repetitivos*, com expressa determinação, no primeiro desses preceitos consolidados, de aplicação, no que couber, das normas processuais civis relativas aos recursos extraordinário e especial repetitivos⁴.

Conforme já tivemos a oportunidade de afirmar em trabalhos anteriores⁵, a intensa e efetiva aplicação, no processo do trabalho, deste novo paradigma, que visou assegurar e reforçar a função uniformizadora da jurisprudência dos tribunais (para mantê-la estável, íntegra e coerente, na dicção expressa do artigo 926, caput, do novo Código de Processo Civil) e introduzir, no direito brasileiro, a denominada teoria dos precedentes, tem o potencial de ser uma solução poderosa e eficaz contra um dos principais fatores que, nas últimas décadas, tem contribuído para o inaceitável aumento crescente do número de demandas trabalhistas individuais e repetitivas, que gradativamente tem tornado inefetiva a tutela jurisdicional prestada pela Justiça do Trabalho, em todos os seus graus

4 Embora o artigo 896-B da CLT, como não poderia deixar de ser, tenha feito referência expressa às normas da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (o Código de Processo Civil em vigor na data da promulgação da Lei nº 13.015/2014 que o introduziu), o art. 1.046, § 4º, do novo CPC estabelece expressamente que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”, o que equivale a dizer que, no caso do *incidente dos recursos de revista e embargos repetitivos* (regulamentado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, repita-se, pela sua Instrução Normativa nº 38/2015), ser-lhe-ão aplicáveis, no que couber, os artigos 1.036 a 1.041 do novo diploma processual comum.

5 PIMENTA, José Roberto Freire. *O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 82, nº 2, p. 176-235, abr./jun. 2016; *A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios*. In: BELMONTE, Alexandre Agra (organizador). *A nova lei de recursos trabalhistas: Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, p. 25-70, 2015; e In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 81, nº 3, p. 95-162, jul./set. 2015; PIMENTA, José Roberto Freire. *A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho*. In: DELGADO, Gabriela Neves, PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; LOPES, Othon de Azevedo (organizadores). *Direito Constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, p. 225-267, 2015.

e instâncias: a instabilidade excessiva da jurisprudência sobre o real sentido das normas de Direito Material, por sua vez causada pela inevitável variação dos entendimentos adotados pelos diferentes juízes e tribunais no julgamento dos milhares de processos repetitivos decorrentes da chamada litigiosidade em massa ou de alta intensidade (a qual tem por objeto a defesa, em juízo, dos direitos individuais homogêneos ameaçados ou lesados)⁶.

Também como ali já salientamos, o juiz dos dias atuais é obrigado a desempenhar função judicante muito diferente, em sua substância e em seus limites, daquela tradicionalmente desempenhada pelo juiz do Estado Liberal de Direito, na medida em que, hoje, ele tem que aplicar diretamente a Constituição (em grande parte principiológica, sem necessidade da intermediação das normas editadas pelo legislador infraconstitucional e, muitas vezes, por meio do uso da *técnica de concretização*)⁷ e as leis com redação aberta (que contam, cada vez mais, com *cláusulas gerais* e *conceitos jurídicos indeterminados*), as quais exigem sua complementação pelo aplicador para criar a norma do caso concreto. Cada vez mais e em decorrência de tudo isso, o julgador contemporâneo precisa atuar como *legislador intersticial* sempre que o Poder Legislativo não edita regra jurídica completa e bastante para regular o conflito intersubjetivo de direitos e de interesses submetido ao julgamento do Poder Judiciário.

Um sistema jurídico que, ao exigir do juiz que aplique normas constitucionais com a natureza de princípios para concretizar direitos fundamentais e leis contendo *conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais ou abertas*, na verdade lhe confere e reconhece o poder e a responsabilidade de criar novas normas jurídicas para os casos concretos que completem o sentido das normas constitucionais e legais. Se assim é, isso não acarreta obrigatoriamente que, para hipóteses iguais, haja uma multiplicidade de normas jurídicas individuais de diferentes significados, geradas apenas pela natural variação de entendimentos de numerosos e distintos julgadores.

6 Para o exame dos três tipos de litigiosidade que hoje assoberbam o Poder Judiciário em nosso país (*a litigiosidade individual ou de varejo, a litigiosidade coletiva ou metaindividual e a litigiosidade em massa ou de alta intensidade*), vejam-se THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 189, p. 24, novembro 2010.

7 “Densificar uma norma” significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional que seja demasiado genérico para ser diretamente aplicado, para que se torne possível a sua utilização para a solução de determinado problema concreto. A concretização das normas constitucionais é um trabalho técnico-jurídico diverso da simples interpretação do texto da norma: é, sim, a construção de uma norma jurídica. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 201-204, texto e nota 2).

Se hoje a vinculação estrita dos juízes à letra da lei já não é aceitável nem desejável, a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação aos juízes traz, inevitavelmente, *um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas de modo diferente por juízes diversos*, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os atores sociais pautem sua conduta e façam suas escolhas de vida com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor. Com isso, o Direito como um todo deixa de ser capaz de desempenhar sua função precípua: a de ordenar e regular as relações sociais.

Outro perigo correlato é a consagração do chamado “*decisionismo judicial*” que o pospositivismo abomina, proclamando, ao contrário, que, em qualquer conflito de interesses submetido à decisão judicial, só pode haver *uma única solução justa*, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso específico, tais como compreendidos em determinado momento histórico. Como compatibilizar essa concepção com a possibilidade de cada juiz de uma determinada causa livremente interpretar e aplicar as normas que regulam aquele litígio de acordo com o seu próprio e livre convencimento pessoal acerca de seus significado e alcance, sem sequer cogitar de observar o distinto entendimento jurisprudencial já pacificado acerca da questão?

É aqui que entra a jurisprudência como um mecanismo a um só tempo *flexibilizador da letra fria da lei* (permitindo sua aplicação mais justa a um sem número de situações diversas que nenhum legislador pode prever ao editar uma norma, como sempre foi o seu papel tradicional nos sistemas de direito romano-germânicos) por meio da utilização de mecanismos para sua uniformização e para a observância dos entendimentos daí resultantes, e também *estabilizador do conteúdo das normas jurídicas em vigor*, definindo *em um precedente*, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o *sentido único de uma norma jurídica* que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige complementação mediante uma *interpretação concretizadora* do Poder Judiciário⁸.

⁸ Lucas Buril de MACÊDO, depois de observar que os precedentes judiciais são importantíssimos para garantir razoabilidade ao direito, considera-os de modo expresso uma *forma de contenção ou de fechamento do processo criativo do juiz como seu aplicador*, significativamente acrescido, na atualidade, pelo desenvolvimento dos princípios como normas, evitando o que denomina “uma produção irresponsável de direito jurisprudencial”. E acrescenta, de forma incisiva:

“Isso mesmo: *os precedentes são uma forma de garantir limites à atividade criativa dos juízes, e não de reforçar a criatividade ou de dar mais poderes aos magistrados.*” (MACÊDO, Lucas Buril de, *O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: *Revista de Processo*, v. 237, novembro/2014, p. 373-374).

3. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA DO TST NAS PRIMEIRAS DÉCADAS DO SÉCULO XXI E SUA RECENTE POTENCIALIZAÇÃO, PELO NOVO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS, COMO INSTRUMENTO DE COMBATE EFETIVO CONTRA OS DESCUMPRIDORES CONTUMAZES E EM MASSA DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Ao contrário do que se passou a proclamar recentemente, não foi apenas nas duas últimas décadas que o Tribunal Superior do Trabalho desempenhou de forma ativa o seu papel de consolidar seu entendimento majoritário acerca das questões altamente controvertidas em seu próprio âmbito e no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, por meio da edição de enunciados de jurisprudência uniforme (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos).

Basta lembrar o enorme efeito transformador nas relações trabalhistas que, sem que tivesse havido nenhuma alteração na Constituição ou nas leis aplicáveis que justificasse a sua edição, produziram as Súmulas 198 e 294 do TST, editadas, respectivamente, em 1985 e em 1989 (e que cancelaram a Súmula 168 que, até a aprovação da primeira destas, proclamava ser sempre parcial a prescrição na lesão de direito que atingisse prestações periódicas, contada do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina), a Súmula 330 (que, em 1994, promoveu ampla revisão do entendimento até então consagrado na Súmula 41 do Tribunal para proclamar que a quitação passada pelo empregado, com assistência da entidade sindical de sua categoria, tem eficácia liberatória em relação às *parcelas* expressamente consignadas no recibo — e não mais apenas aos *valores*, como estabelecido no verbete jurisprudencial anterior) e a Súmula 331 (que, também em 1994, por igual revisou radicalmente o teor da Súmula 256 do TST — que só admitia como legal a contratação de trabalhadores por empresa interposta nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, proclamando a ilegalidade de toda e qualquer outra terceirização de serviços — para admitir como legal a terceirização não apenas dos serviços de vigilância e de conservação e limpeza, mas também, e principalmente, de todos e quaisquer serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador — e isto sem nenhuma lei que regulasse em geral a terceirização).

E, em todas essas hipóteses, o Tribunal Superior do Trabalho não foi acusado de “ativismo judicial” ou de que estaria “legislando”... Tais acusações só começaram a ser feitas quando ocorreram as revisões mais recentes de sua jurisprudência (não por acaso, no momento em que a composição deste Tribunal passou por uma profunda alteração) e, não por coincidência,

justamente pelos setores econômicos e pelos litigantes habituais que tiveram seus interesses jurídicos e econômicos afetados pelos novos entendimentos que, a partir de então, predominaram na jurisprudência uniforme.

Com efeito, a partir do início deste século XXI, o Tribunal Superior do Trabalho pouco a pouco modificou-se no tocante a seus integrantes, tanto pelo natural decurso do tempo quanto pela ampliação do número de seus Ministros togados, decorrente da incidência combinada da Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999 (que extinguiu os juízes classistas em todos os graus de jurisdição da Justiça do Trabalho e então reduziu o número de seus componentes de 27 para 17 Ministros) e da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (que restabeleceu o número de 27 Ministros componentes do Tribunal, mas desta vez todos togados). O resultado dessas modificações, como não poderia deixar de ser, foi o surgimento de gradativas e importantes mudanças na jurisprudência deste Órgão, o que se refletiu mais intensamente nas denominadas “Semanas do TST” de maio de 2011 e de setembro de 2012.

Como se sabe, estes dois eventos, frutos da histórica e louvável iniciativa do então Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, nasceram da constatação de que parte importante dos verbetes de sua jurisprudência uniforme (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos) já não refletiam, naquelas datas, o pensamento majoritário dessa Corte Superior (como demonstrava grande número de decisões de seus órgãos colegiados, algumas simplesmente contrárias a esses enunciados e muitas com ressalva do entendimento pessoal em contrário da maioria de seus componentes), indicando a necessidade de uma revisão global de toda a jurisprudência uniformizada em reuniões do conjunto dos integrantes do Tribunal, de forma colegiada e democrática.

Os resultados dessas “Semanas” — além de revelarem o acerto desse diagnóstico, que se refletiu na ampla maioria que, na votação do Pleno do Tribunal, obtiveram as propostas de alterar ou de cancelar vários dos enunciados jurisprudenciais existentes — mostraram-se altamente positivos, tanto pela aceitação que os enunciados de súmulas e outros verbetes de jurisprudência uniforme tiveram no primeiro e no segundo grau de jurisdição (embora meramente persuasivos, cumpre lembrar) quanto por claramente sinalizarem o novo e mais intenso compromisso do TST (e da Justiça do Trabalho como um todo) com a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, com o reforço do caráter protecionista do Direito do Trabalho brasileiro e com o aumento da efetividade da tutela jurisdicional trabalhista.

Em outras palavras, o claro posicionamento que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar diante do fenômeno da inegável

explosão de demandas trabalhistas ocorrida nas primeiras duas décadas deste século XXI (que, em si mesma, também pode ser vista sob um viés positivo, como reflexo do elevado grau de confiança que esse ramo do Judiciário ainda desperta nos jurisdicionados que a ele recorrem) foi de enfrentar o problema pela raiz.

E o verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o Direito Material do Trabalho brasileiro ainda tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável e este descumprimento ocorre em frequência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI.⁹

Nessa perspectiva, chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência integral ou parcial dos pedidos iniciais dos reclamantes, próxima dos 80% nos anos de 2015, 2016 e 2017¹⁰). Esse descumprimento generalizado e consciente das normas que regem o trabalho obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se com essa lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de *litigiosidade contida*) ou recorrer à Justiça, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, a quantidade excessiva de reclamações é simples efeito, e não a verdadeira causa do problema.

As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise

9 Todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integrarem forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. Luís Roberto BARROSO (In: *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 239-240, 1999) nos adverte exatamente para isto:

“De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia ‘racional ou intelectual’, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu André HAURIOU, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível.”

10 Segundo os dados da Tabela 1 – Índice por Região Judiciária. 2015-2017 da Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST de 19/4/2018 (disponível em <http://www.tst.jus.br/estatistica>. Consulta no Sistema e-Gestão em 18/4/2018).

global da *relação custo-benefício*, sabendo muito bem quando lhes é vantajoso, ou não, cumprir a lei trabalhista.¹¹ Isso não ocorre apenas no Brasil: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais também atuam movidos por objetivos similares e com base em considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que naqueles, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. *Essa é, a nosso ver, a questão essencial.*

Como já afirmamos reiteradamente em trabalhos anteriores,¹² hoje, o verdadeiro problema do Direito do Trabalho em nosso país é a *falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista* (que, reitere-se, torna vantajoso, do ponto de vista econômico e para grande número de empregadores, descumprir, de forma deliberada e massiva, as mais elementares obrigações trabalhistas), criando, por uma decisão estratégica empresarial, uma verdadeira *cultura do inadimplemento*, em flagrante concorrência desleal com a parcela ainda significativa dos empregadores que cumprem com rigor suas obrigações legais e convencionais.

O efeito negativo desse estado de coisas, porém, não incide apenas no Direito Processual, com o comprometimento da eficiência da máquina judiciária. No Direito Material, as generosas promessas da Assembleia Nacional Constituinte relativas aos *direitos constitucionais sociais*, que se consubstanciaram

11 O que, embora insustentável do ponto de vista jurídico, é até compreensível na estrita ótica empresarial, movida essencialmente por considerações de natureza econômica e administrativa, com vistas à maximização da citada *relação custo-benefício*. A responsabilidade maior pela manutenção desse lamentável estado das coisas, evidentemente, é daqueles operadores do Direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação, de modo a tornar essa relação desvantajosa na prática, mediante a plena e efetiva aplicação das normas jurídicas materiais em vigor, com a rigorosa aplicação de todas as sanções materiais e processuais legalmente previstas para a hipótese de seu descumprimento.

12 PIMENTA, José Roberto Freire. *O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 82, nº 2, p. 183-187, abr./jun. 2016; *Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro*. In: *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. Op. cit., p. 340-343; *Revista do TRT da 15. Região*. Op. cit., p. 201-202; e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Op. cit., p. 102-104; *A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional*. In: *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. Op. cit., p. 25-26; *A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites*. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (coords.), *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*, São Paulo: LTr, p. 22-24, 2014.

No mesmo sentido, veja-se ainda PIMENTA, José Roberto Freire e PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais*. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (organizadores), *Mundo do trabalho – atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, p. 247-254, 2014.

na Constituição Democrática de 1988, acabam não se concretizando no dia-a-dia e no campo decisivo da realidade empírica de cada um dos cidadãos e jurisdicionados. É esta, afinal, a maior demonstração prática da validade da concepção que a mais moderna e autorizada doutrina do direito processual convencionou chamar, sinteticamente, de *instrumentalidade do processo*.

Se a Justiça do Trabalho se mostra cada vez menos capaz de assegurar aos trabalhadores beneficiados pelas normas constitucionais e legais trabalhistas, a tempo e a modo, o mesmo e específico resultado útil que lhes teria sido proporcionado caso essas normas houvessem sido cumpridas por inteiro por seus empregadores e destinatários no momento devido, tal situação, além de configurar o já denunciado incentivo ao descumprimento massivo e deliberado dessas normas, acarretará, na prática, um indevido rebaixamento do patamar mínimo desses direitos materiais e do próprio Direito do Trabalho em nosso país. Este, na esfera do ser, não corresponderá àquilo que está normativamente assegurado ao conjunto dos trabalhadores brasileiros, na esfera do **dever-ser**.

Essa situação, assim, configurará a existência de duas *ofensas à Constituição* que se interpenetram: em primeiro lugar, no Direito Material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo flagrante desrespeito *a seus direitos sociais constitucionalmente assegurados*; em segundo lugar e ao mesmo tempo, no Direito Processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, também estabelecido em favor de todos os jurisdicionados, em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela.

A contrario sensu, quanto mais efetiva for a atuação da Justiça do Trabalho ao proferir suas decisões e assegurar a sua aplicação integral e em tempo oportuno, mais poderosa será sua atuação como instrumento indutor do futuro cumprimento, pleno e espontâneo, das normas trabalhistas por seus destinatários, com a previsível diminuição significativa do número excessivo de demandas judiciais (como já aconteceu nos outros países mais desenvolvidos), quebrando-se esse verdadeiro *círculo vicioso* que, nas últimas décadas, tem aprisionado tanto os trabalhadores quanto os operadores do Direito do Trabalho comprometidos com a sua efetividade¹³.

No entanto, em vez de procurar reforçar a efetividade da tutela jurisdicional trabalhista e tornar jurídica e economicamente desvantajoso

13 Esta situação, na qual os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos em abstrato consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos à triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas, caracteriza aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como por exemplo, Luís Roberto BARROSO (*In Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 280, 1999), têm, de forma incisiva, denominado de

o descumprimento massivo e reiterado das normas trabalhistas pelos denominados *litigantes habituais*,¹⁴ gerador dos numerosíssimos processos repetitivos com idêntico objeto que permeiam a Justiça do Trabalho brasileira em todas as suas instâncias, o caminho adotado pelo legislador ordinário, ao aprovar a reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017, foi outro, com base em três, e cumulativas, premissas, todas equivocadas.

De um lado, culpou por esse estado de coisas o excesso da intervenção da legislação nas relações de trabalho e, contra isso, instituiu a denominada prevalência do negociado sobre o legislado (conforme o novo artigo 611-A da CLT), sob a égide do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (expressamente consagrado no novo § 3º do artigo 8º da Consolidação Laboral).¹⁵

De outro lado, também considerou como causa dessa explosão de demandas a existência da denominada *litigância irresponsável* por parte expressiva dos reclamantes e de seus advogados, adotando, para coibi-la, várias medidas destinadas a tornar mais oneroso o exercício do direito constitucional

hipocrisia constitucional e legal.

Este fenômeno, que consiste na criação e na ampliação de direitos materiais apenas no campo legislativo, mas desacompanhadas da paralela e indispensável instituição de garantias e de mecanismos instrumentais capazes de assegurar aos seus titulares a fruição dos correspondentes bens da vida, nos casos de seu não cumprimento espontâneo, pelos destinatários dos comandos normativos, é também conhecido na doutrina como a busca da *legitimação pela mera promessa*. CAPPELLETTI & GARTH citam manifestação do professor norte-americano HANDLER, de que “Símbolos (tais como ... novas leis ...) são utilizados pelos adversários para pacificar grupos dissidentes, dando-lhes a sensação de que cumpriram seus objetivos, quando, de fato, resultados mais tangíveis são retardados” (*Acesso à justiça*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 68, nota 138, 1998).

14 Para o conceito de *litigantes habituais*, consulte-se CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 25 e ss. e 132 e ss., GALANTER, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal changes” (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias), “*Law and Society Review*”, v. 9, p. 95, 1974; e PIMENTA, José Roberto Freire. *A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. Revista LTr. São Paulo, v. 65, nº 2, p. 151-162, 2001; e In: *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da Terceira Região*. Belo Horizonte, 2001; *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. Belo Horizonte : Escola Judicial do TRT - 3º Região, p. 305-334, 2001.

15 Chegando, inclusive, a limitar a atuação dos juízes e tribunais do Trabalho no julgamento das causas que versem sobre o conteúdo das cláusulas das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, expressamente restrita à análise da conformidade dos elementos essenciais desses negócios jurídicos com o disposto no artigo 104 do Código Civil (art. 611-A, § 1º, c/c o art. 8º, § 3º, da CLT), bem como das cláusulas dos contratos e ajustes individuais celebrados pelos denominados “empregados hipersuficientes”, assim definidos aqueles que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (novo parágrafo único do artigo 444 da CLT).

de ação trabalhista.¹⁶

Ao mesmo tempo, o outro erro de perspectiva e eixo central da reforma trabalhista configurou-se quando o legislador procurou combater o mal denominado “ativismo judicial”, restabelecendo o ultrapassado e inadequado paradigma do juiz *bouche de la loi* dos primórdios do Estado Liberal de Direito e limitando significativamente a atuação jurisdicional dos tribunais trabalhistas brasileiros, tanto no julgamento dos casos individuais quanto na formação, atualização e revisão de seus precedentes e enunciados de jurisprudência uniforme (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos).

4. A HOSTILIDADE DO LEGISLADOR DA REFORMA TRABALHISTA CONTRA O MAL DENOMINADO “ATIVISMO JUDICIAL” E SUA TENTATIVA DE RETORNAR AO PARADIGMA DO JUIZ BOUCHE DE LA LOI: AS LIMITAÇÕES DA NOVA CLT CONTRA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL DOS JUÍZES E TRIBUNAIS TRABALHISTAS E CONTRA A AUTONOMIA, CONSTITUCIONALMENTE A ESTES ÚLTIMOS ASSEGURADA, PARA UNIFORMIZAR SUA JURISPRUDÊNCIA E EDITAR PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Como já se acentuou anteriormente, o juiz dos dias de hoje é, antes de tudo, o concretizador das normas constitucionais diretamente aplicáveis (sem a necessidade da intermediação do legislador infraconstitucional) e dos

16 Como, entre outras medidas, a consagração da sucumbência, como regra geral no processo trabalhista, inclusive parcial e sempre recíproca, abrangendo, inclusive, a parte beneficiada pela justiça gratuita e os créditos obtidos em outro processo judicial capazes de suportar a despesa (artigo 791-A da CLT), o pagamento dos honorários periciais pela parte sucumbente no objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita e não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportar essa despesa (art. 790-B, caput e seu § 3º), a responsabilização do reclamante injustificadamente ausente pelo pagamento das custas em caso de arquivamento da reclamação, sendo essa quitação condição para a propositura de nova demanda (artigo 844, §§ 2º e 3º), a intensificação das sanções contra as partes que praticarem atos considerados caracterizadores de litigância de má-fé, aí também incluída a testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa (artigos 793-A a 793-D da CLT).

Quanto a esta segunda vertente, pronunciou-se com propriedade a Procuradora do Trabalho Camila Holanda Mendes da ROCHA:

“Em verdade, a Lei 13.467/2017 pretende reduzir o elevado número de ações que tramitam perante a Justiça do Trabalho como consequência do excessivo descumprimento da legislação trabalhista. Ocorre que a estratégia adotada não foi pugnar pela observância das normas, mas obstaculizar o acesso à Justiça.” (*A Justiça do Trabalho como órgão homologador: afronta ao direito constitucional de acesso à justiça*. In: Reforma trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho, Salvador: Ed. JusPodivm, p. 630).

direitos fundamentais das três dimensões (nos litígios laborais, os direitos fundamentais sociais e trabalhistas, com *eficácia horizontal*), bem como o aplicador das normas internacionais de direitos humanos e da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil (com *status de supralegalidade*, como já é jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal). Ademais, e principalmente, é ele obrigado, na solução dos casos concretos, a adotar, cada vez mais, normas-princípio (e não apenas normas-regra) constitucionais e legais, bem como regras legais com natureza de normas abertas e de tessitura flexível, que se utilizam de *conceitos vagos e juridicamente indeterminados*.

A necessidade de aplicação das leis contendo conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais às lides submetidas à apreciação e ao julgamento dos juízes, dá-lhes, como é óbvio, um espaço de atuação e, correspondentemente, um papel constitucional e um grau de responsabilidade bem maiores do que aqueles tradicionalmente atribuídos ao juiz que atuava no Estado Liberal de Direito.¹⁷ Nos casos em que não ocorra o cumprimento pleno e espontâneo das normas de Direito Material aplicáveis por seus destinatários e, em decorrência do princípio da demanda, o dissídio correspondente seja regularmente submetido ao Poder Judiciário, se essas normas não tiverem a natureza de *regra* completa e suficiente para regular, por si só, o litígio, a integral e específica realização da vontade concreta da lei apenas ocorrerá depois da atuação criativa, em última análise, dos juízes de cada causa (ou seja, do Estado-juiz), ainda que só para *complementar*, na estrita medida do necessário, o sentido dessas normas constitucionais e legais aplicáveis.

Resumindo tudo o que até aqui se disse, hoje o ordenamento jurídico dos Estados Democráticos de Direito opera e é aplicado em etapas escalonadas de normas jurídicas (de forma semelhante à operação da pirâmide normativa pioneiramente descrita por Kelsen): em primeiro lugar, parte-se da *Constituição* (que precisa ser interpretada e aplicada pelo *método da concretização*, com técnicas específicas e mais refinadas de hermenêutica constitucional, e não mais por mera *subsunção*); em segundo lugar, interpreta-se e aplica-se a *lei* respectiva, mas apenas como a seguinte das duas primeiras etapas escalonadas de normas de regulação dos fenômenos sociais; em terceiro lugar e só quando isso não é suficiente (o que ocorre com frequência cada vez maior, como já salientado), passa-se à sua incidência aos casos específicos, quando só então as normas constitucionais e legais principiológicas e abertas serão *concretizadas e completadas*, no momento de sua interpretação e de sua aplicação – isto se fará de modo espontâneo pelas próprias partes interessadas (como ocorre na imensa maioria das vezes, na normalidade das relações sociais) ou pelo juiz, em

17 Na feliz e expressiva síntese de MARINONI (In: *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 88), “o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei.”

substituição da vontade destas (quando, nos casos de conflitos intersubjetivos de interesses, surgir a lide posta em juízo, que exigirá do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente prometida)¹⁸.

Na feliz observação de Marinoni, e aplicando o que se acabou de acentuar, “se um juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto.”¹⁹

Note-se que, em momento algum, o pospositivismo proclama ou admite que o juiz da causa, ao exercer a sua função jurisdicional, pode ignorar ou contrariar aquilo que está claramente estabelecido como *normas-princípio* ou *como normas-regra* nos dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais. Em tais casos, o princípio de hermenêutica constitucional da *supremacia da Constituição*²⁰ ou os princípios da *separação de poderes e da legalidade*, igualmente consagrados na Norma Fundamental, incidirão com toda a sua força e plenitude, de modo a impedir que o Poder Judiciário profira uma decisão aplicando, no caso concreto, uma norma de decisão exclusivamente por ele produzida mas frontalmente contrária aos ditames dos *normas-princípio* ou das *normas-regra* constitucionais e legais aplicáveis.²¹

Em outras palavras, somente nessas hipóteses em que o ordenamento constitucional e legal mostra-se insuficiente para regular determinada

18 Como bem observa o mesmo MARINONI: “Para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução de sentença, pois a primeira seria só criação e a segunda pura aplicação do direito. Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual. (...) A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 91, nota 130).

19 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 154.

20 Sobre o princípio de interpretação constitucional da *supremacia da Constituição*, vejam-se, por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 156-167, 1999; e CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, p. 229-230, 1993.

21 É o que também salienta de forma incisiva e com propriedade Humberto ÁVILA, ao relembrar que as regras não se submetem ao mesmo processo discursivo, argumentativo e justificativo para a sua aplicação que os princípios:

“Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia o caráter descritivo da conduta, ou a definição de um âmbito de poder, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode ser simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição de seu sentido. Assim, se a Constituição estabelece regras que proíbem a utilização de prova ilícita ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos” (in *Teoria dos princípios — da definição*

relação social, o Poder Judiciário pode atuar para *completar* o sentido final e concreto da norma constitucional ou infraconstitucional que o próprio Poder Legislativo, expressa ou implicitamente, decidiu deixar incompleta — sua atuação, portanto, é a de um *legislador intersticial* que, na feliz colocação de Teresa Arruda Alvim Wambier,²² atua apenas nos poros por meio dos quais a realidade social pode penetrar, que mitigam o excessivo apego à letra da lei e permitem ao Poder Judiciário adaptar o direito a mudanças e também a particularidades do caso concreto.

O que hoje se reconhece como legítimo e não só admissível, mas também exigido pela própria Constituição, é que esse julgador, quanto não houver regra clara capaz de, por si só, solucionar a lide e em que tenha que aplicar *normas-princípio* constitucionalmente consagradas ou *conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais* de que se valeu o legislador, não se abstenha de *completar* o sentido das normas aplicáveis ao litígio editadas pelo Poder Constituinte ou pelo Poder Legislativo, *construindo* a norma que, ao final de todo esse processo hermenêutico, irá regular a controvérsia, à luz das suas circunstâncias fáticas peculiares.

Em tais situações, a decisão judicial única (que configura um *precedente*) ou o conjunto de decisões judiciais em determinado sentido predominante proferidas pelos tribunais constitucionalmente competentes para firmar *a melhor interpretação* para determinada norma constitucional ou legal aplicável a certa *questão de direito* (que é o que hoje se entende por *jurisprudência uniforme ou dominante*) torna-se, sim, *fonte primária do Direito*.

Por tudo isso é que se afiguram descabidas as acusações genéricas de que a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e, principalmente, do Tribunal Superior do Trabalho das duas primeiras décadas deste século XXI teriam caracterizado indevido “*ativismo judicial*”, no sentido pejorativo da expressão, sendo tais acusações o produto de desconhecimento dos avanços e do que hoje já se tornou absolutamente pacífico na ciência jurídica contemporânea mais autorizada, ou, simplesmente, da intenção dos setores interessados, prejudicados pela atuação mais intensa e efetiva do Poder Judiciário trabalhista, de neutralizá-la ou de desqualificá-la.

Em ambas as hipóteses, a tentativa foi de fazer regredir os juízes e os tribunais trabalhistas ao ultrapassado papel de julgador *bouche de la loi*, preconizado no século XVIII por Montesquieu, hoje absolutamente

à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo: Malheiros Editores, 15ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2014, p. 160).

22 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 137-139, v. 172, junho/2009.

incompatível com o relevantíssimo papel constitucional reservado ao Poder Judiciário nos Estados de Direito do mundo contemporâneo.

Um dos mais significativos exemplos dessa tentativa - de limitar de forma intensa o exercício da função jurisdicional pelos juízes e tribunais do trabalho - foi, em seu conjunto, a alteração promovida pelo legislador da reforma trabalhista nos artigos 8º, 611-A e 444, parágrafo único, da CLT.

Com efeito, o novo § 2º do artigo 8º da Consolidação Laboral surpreendentemente assim está redigido:

“Art. 8º (...)

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

Esse dispositivo, por um lado, infelizmente traz embutida, em sua redação desnecessariamente agressiva, uma ofensa implícita e gratuita ao Tribunal Superior do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho²³, que, na verdade, nunca fizeram isso, não passando tal acusação, além de tecnicamente incorreta, de mero e repetitivo lamento das partes cujos interesses foram afetados pelos entendimentos consagrados nos referidos verbetes jurisprudenciais e uma recorrente alegação defensiva de nenhuma credibilidade e de baixíssima eficiência no âmbito jurisdicional.

Por outro lado, se a intenção desse preceito foi realmente cercar o exercício, pelos tribunais trabalhistas, de seu *poder-dever* de uniformizar seus entendimentos, seu efeito será mais ilusório que real: se os tribunais trabalhistas considerarem necessário aplicar diretamente as normas-princípio constitucionais, suprir as lacunas reais ou ontológicas da legislação para concretizar os direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos e produzir jurisprudencialmente as normas dos casos concretos repetitivos (sob a

23 Confira-se a justificativa de mérito relativa a esse dispositivo do relator do projeto da reforma trabalhista na Câmara dos Deputados, Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), *in verbis*:

O art. 8º da CLT é de fundamental importância para o Direito do Trabalho, estabelecendo a hierarquia que deve ser obedecida para a aplicação da norma jurídica. A expressão “na falta de” constante do “caput” indica que a principal fonte de direitos é a lei para, em seguida, disciplinar as demais fontes. Nesse contexto, o contrato, a jurisprudência, a analogia só poderiam ser usados no vazio da lei. Todavia não é isso que temos visto. Os tribunais em nosso País, em especial, as cortes trabalhistas, têm se utilizado da edição de súmulas e de outros enunciados de jurisprudência para legislar, adotando, algumas vezes, até mesmo um entendimento contrário à norma vigente. (Disponível em <http://www.camara.gov.br>, consulta em 09/06/2017).

forma de *precedentes obrigatórios*), com toda a certeza eles, para bem exercerem sua competência constitucional e legal, continuarão a fazer exatamente tudo isso, sem que se possa entender descumprida a regra em exame, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário a palavra final se, em cada caso, terá sido ou não descumprido o disposto no referido § 2º do artigo 8º da CLT.

Paralelamente, a reforma trabalhista pretendeu, por meio do citado § 2º do artigo 8º (reforçado pelos § 3º do mesmo dispositivo, § 1º do artigo 611-A e parágrafo único do artigo 444 da CLT), limitar decisivamente o poder e o âmbito decisório dos juízes do trabalho em geral para, no julgamento das demandas individuais a eles distribuídas, examinar o conteúdo das cláusulas das convenções e dos acordos coletivos de trabalho e dos acordos individuais celebrados pelos denominados “empregados hipersuficientes”. Ao assim proceder, não levou em conta a competência do Poder Judiciário trabalhista para exercer o controle difuso de constitucionalidade e o controle de convencionalidade dessas cláusulas (inclusive sua razoabilidade e proporcionalidade, sob a ótica do devido processo legal substancial), e, contraditoriamente, a possibilidade de essas cláusulas versarem sobre algumas matérias capituladas nos incisos do artigo 611-B da CLT, que a própria Lei nº 13.467/2017 proibiu expressamente serem objeto de negociação coletiva. Além disso, também pareceu ignorar a possibilidade de o juiz da causa aplicar os artigos 5º e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos *fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*” e que “*quaisquer declarações de vontade não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem*

pública e os bons costumes".^{24 25}

24 Quanto à inconstitucionalidade do art. 8º, § 3º, e do art. 611-A. § 1º, da CLT, vejam-se SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Comentários ao artigo 8º da CLT*. DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Comentários ao art. 611-A da CLT*. Ambos in: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira, FELICIANO, Guilherme Guimarães, SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira e TOLEDO FILHO, Manoel Carlos Toledo Filho. *Comentários à lei da reforma trabalhista – dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*, São Paulo: LTr, 2018, p. 28-30 e p. 153-155, respectivamente; FREIRE E SILVA, Bruno. *A reforma processual trabalhista e o acesso à justiça*. In: *Revista de Processo*, v. 278, abril 2018, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 394-396; DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei nº 13.467/2017*, São Paulo: LTr, 2017, p. 305-307; SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de Souza, SOUZA, Fabiano Coelho de, MARANHÃO, Ney e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2ª ed., rev., atual. e ampliada, São Paulo: Rideel, 2018, p. 18-20 e 355; SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual., 2017, p. 26-29; CORREIA, Henrique e MIESSA, Êlissom. *Manual da reforma trabalhista*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 71-80. ALVES, Amauri César. *Comentários à CLT, Artigo 8º*. In: ALVES, Amauri César e LEITE, Rafaela Fernandes (orgs.). *Reforma trabalhista – comentários à Lei nº 13.467/2017*, Belo Horizonte: *Conhecimento Jurídica*, 2018, p. 26-29.

25 Também nesse sentido, pronuncia-se, sem caráter vinculativo mas com fundamentação densa e persuasiva, o Enunciado nº 2 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada nos dias 9 e 10/10/2017, organizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, *in verbis*:

“ENUNCIADO Nº 2. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017

Os Juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do Judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a constituição e as leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis. Nessa medida:

I. Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do trabalho o “dever” de interpretar a Lei 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical.

II. A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desvelamento do sentido e do alcance da lei trabalhista. É função primordial do poder judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, inciso XXXV, 60 e 93, IX e 114 da CRFB;

III. Inconstitucionalidade do § 2º e do § 3º do artigo 8º da CLT e do artigo 611-A, § 1º, da CLT. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho da apreciação da justiça do trabalho, inclusive quanto à sua inconstitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia de inafastabilidade da jurisdição, ademais, por ofensa

É exatamente dentro desse contexto que deve ser entendido e analisado o novo artigo 702, I, f, e seus §§ 3º e 4º, da CLT também editado pela reforma trabalhista, que teve a mesma finalidade de restringir a atividade de uniformização de jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. Isto, porém, entrou em contradição frontal com o Código de Processo Civil de 2015 que veio justamente reforçar esta importantíssima faceta da sua função jurisdicional, ao adotar o *sistema de precedentes obrigatórios e, simultaneamente, o denominado microsistema de litigiosidade repetitiva*, destinado ao julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de julgamento de recursos repetitivos e de assunção de competência. Assim, infelizmente, refletiu a mesma concepção ultrapassada quanto ao papel e aos limites no exercício da função jurisdicional nos dias atuais, causando graves dúvidas quanto à sua constitucionalidade e à sua conveniência, como será examinado a seguir.

5. O NOVO PROCEDIMENTO INTRODUZIDO PELO ARTIGO 702, I, F, E SEUS §§ 3º E 4º, DA CLT, PARA A EDIÇÃO DE SÚMULAS E DE OUTROS ENUNCIADOS DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE PELOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS E A ARGUIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DESSE NOVO DISPOSITIVO LEGAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, PELA VIA DIFUSA

O artigo consolidado em epígrafe dispunha simplesmente, em seu inciso I, alínea “f”, que competia ao Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho “estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme, na forma prescrita no Regimento Interno”.

No entanto e como se sabe, sempre foi entendimento pacífico, em sede doutrinária e jurisprudencial, que o artigo 702 da CLT, em sua redação original, foi tacitamente revogado pela ainda vigente Lei nº 7.701, de 21/12/1988, que promoveu profunda reformulação da organização interna até então existente do Tribunal Superior do Trabalho, criando as suas seções especializadas para o julgamento dos dissídios individuais e dos dissídios coletivos (sendo a gênese das atuais Seções Especializadas em Dissídios Coletivos – SDC e em Dissídios Individuais – esta dividida nas Subseções I e II por seu Regimento Interno, como autorizado no parágrafo único do artigo 1º desta lei).

Porém, o legislador da reforma trabalhista não levou tal revogação em conta e limitou-se a “dar nova redação” aos dispositivos em tela, nos seguintes termos:

ao disposto no art. 114, I, da CF/88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso à justiça e da independência funcional.”

“Art. 702. Ao Tribunal Pleno compete:

I – em única instância:

(...)

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, *pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas*, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;

(...)

§ 3o *As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência*, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

§ 4o O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea *f* do inciso I e no § 3o deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.”

Como se depreende da simples leitura desses preceitos, o legislador ordinário estipulou novas exigências procedimentais extremamente rigorosas para o estabelecimento ou para a alteração das súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, quanto ao quórum de votação (que passa a ser o qualificado de dois terços, em vez de maioria simples ou absoluta), à necessidade da existência de um número expressivo de precedentes unânimes (e não apenas por maioria) de suas Turmas em pelo menos dez sessões diferentes *em cada uma delas* e à exigência de que a decisão de aprovação desses enunciados seja proferida em sessões públicas de julgamento, convocadas com a antecedência mínima de trinta dias e na qual seja permitida a sustentação oral das autoridades e entidades nomeadas.

Esses novos dispositivos da CLT claramente revelaram o receio do legislador da reforma de que a jurisprudência dos tribunais trabalhistas (tanto dos Regionais quanto do TST) venha a adotar entendimentos contrários à literalidade das numerosas alterações por ele promovidas nas esferas do Direito

Material e do Direito Processual do Trabalho, pela maioria simples ou absoluta de seus integrantes, dificultando sobremodo — se não tornar impossível — o desempenho desta importantíssima função uniformizadora do sentido da legislação nacional trabalhista.

A esse respeito, é lapidar a manifestação doutrinária do i. Professor da USP e magistrado do trabalho, Titular da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo, Homero Batista Mateus da Silva:

“Uma das tônicas da reforma trabalhista foi enquadrar o TST, cujas súmulas devem ter causado muito desconforto para alguns setores da sociedade. Ao longo desse livro, citamos numerosos entendimentos da instância máxima da Justiça do Trabalho que foram contrariados ou suavizados pelo legislador, em inequívoco esforço de esvaziar o acervo conceitual elaborado ao longo de décadas. (...) Ao mesmo tempo em que as súmulas recebem o dardo envenenado disparado pelo legislador, o art. 702 é reescrito para tentar fechar o cerco e inibir a formação de novos entendimentos sumulados. Por extensão, também foram enquadrados os TRTs. Se nós lembrarmos que os recursos de revista praticamente desaparecem no oceano da transcendência (nova redação ao art. 896-A), não está errada a afirmação de que a edição de súmulas no TST está com os dias contados. Será isso realmente desejável?”²⁶

A situação aqui descrita suscitou sérias e fundadas dúvidas quanto à sua constitucionalidade, na medida em que a reforma trabalhista claramente restringiu, de maneira acentuada, o papel cumprido pelo Tribunal Superior do Trabalho (e, por extensão, pelos Tribunais Regionais do Trabalho) de uniformização da jurisprudência trabalhista. Além de instituir, para o estabelecimento ou a alteração dos seus enunciados de jurisprudência uniforme, a exigência extremamente elevada de votos de dois terços dos membros do Tribunal (quando, para todas as demais Cortes Superiores da República, a exigência para tanto é de maioria absoluta de seus integrantes, com a exceção expressa do quórum de dois terços para a edição de súmulas vinculantes estabelecida pelo art. 103-A da CF), ainda fixou outros requisitos formais e procedimentais que tornam a relevante atividade jurisdicional burocratizada, lenta, difícil de atender e, na prática e como consequência, extremamente restrita.

²⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

Além de a inconstitucionalidade desses dispositivos já haver sido sustentada recentemente, de forma persuasiva e consistente, por várias e substanciosas obras doutrinárias sobre a reforma trabalhista,²⁷ foi ela pioneiramente suscitada, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, de início, por pareceres de sua Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos (em sua composição anterior, que perdurou até 5/3/2018), da lavra dos Ministros Walmir Oliveira da Costa, então seu Presidente, Maurício Godinho Delgado e Delaíde Alves Miranda Arantes, cuja fundamentação foi reiterada pelo primeiro no âmbito da SbDI-1 (Subseção Especializada I em Dissídios Individuais) do TST no Processo E-RR-696-25.2012.5.05.0463 (no qual a Subseção, por maioria de votos, inclinou-se por proferir decisão contrária à Súmula 254 do TST, tendo sido necessária, nos termos dos artigos 72 e 171, *caput* e seu § 1º, do Regimento Interno do TST, a remessa dos autos à apreciação do Tribunal Pleno para revisão, cancelamento ou manutenção desse enunciado), em que, como matéria prejudicial, foi suscitado, pela via do controle difuso de constitucionalidade e nos termos dos artigos 274 a 279 do Regimento Interno do Tribunal, o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do novo artigo 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT, na

27 DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 317-319; SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de Souza, SOUZA, Fabiano Coelho de, MARANHÃO, Ney e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2ª ed., rev., atual. e ampliada, São Paulo: Rideel, 2018, p. 421-427; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Comentários ao art. 702, I, “f” e seus §§ 3º e 4º da CLT*. in: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira, FELICIANO, Guilherme Guimarães, SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira e TOLEDO FILHO, Manoel Carlos Toledo Filho. *Comentários à lei da reforma trabalhista – dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018, p. 169-171; SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 155-156. CORREIA, Henrique e MIESSA, Élisson. *Manual da reforma trabalhista*. Op. cit., p. 638-643; XAVIER, Gisela Carla Rodrigues e LEITE, Rafaela Fernandes. *Comentário à CLT, art. 702*. In: ALVES, Amauri César e LEITE, Rafaela Fernandes (orgs.). *Reforma trabalhista – comentários à Lei nº 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2018, p. 186-187.

Também nesse sentido se pronuncia, sem caráter vinculativo, o Enunciado nº 111 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada nos dias 9 e 10/10/2017, organizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, *in verbis*:

“ENUNCIADO 111. SÚMULAS E ENUNCIADOS DE JURISPRUDÊNCIA. EDIÇÃO E ALTERAÇÃO. REQUISITOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

São inconstitucionais os requisitos do art. 702, I, “f”, e § 4º, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017, para a edição ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência, por violação aos arts. 2º, 5º, LIV, 93, 96, I e 113 da CF.”

presente data ainda pendente de julgamento.

Os fundamentos da referida arguição de inconstitucionalidade foram, em síntese, os seguintes:

- a) o novo artigo 702, I, f, e seus §§ 3º e 4º, da CLT não se harmoniza com o princípio da autonomia dos tribunais, consagrado nos artigos 96, I, e 99 da Constituição Federal²⁸ — com base nesse princípio, compete privativamente ao próprio tribunal estabelecer, em seus Regimentos Internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, os critérios e o procedimento a serem adotados para a edição, a alteração e o cancelamento de suas súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, afigurando-se inconstitucional o dispositivo editado pelo Poder Legislativo que estipule regras sobre o funcionamento interno do TST e dos TRTs, inclusive sobre a uniformização de sua jurisprudência, que sejam contrárias às suas normas regimentais²⁹ ;

²⁸ “Art. 96. Compete *privativamente*:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”

“Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada *autonomia administrativa e financeira*.”

²⁹ Em suporte a este fundamento, invocou-se expressamente o importante precedente do Supremo Tribunal Federal, considerado similar à questão ora em exame, quando, examinando a arguição de inconstitucionalidade do inciso IX do artigo 7º da Lei nº 8.906/1994 em medida cautelar que foi acolhida para, em caráter liminar, suspender a norma até o julgamento da ação direta de sua inconstitucionalidade que foi confirmada (ADI 1.105 MC, Tribunal Pleno, julgado em 3/8/1994, DJ 27/4/2001, PP. 00057 EMENT VOL 02028-02 PP-00208), o Ministro Paulo Brossard, na qualidade de Relator, assentou em sua ementa que “O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão da interferência dos demais Poderes”. E assim completou, de forma incisiva:

“A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende da matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera.”

A esse respeito pronunciam-se incisivamente SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto *et alli*, nos seguintes e persuasivos termos:

b) as enormes e inevitáveis dificuldades causadas pelo rigor das exigências instituídas por esse novo dispositivo da CLT (especialmente quanto ao quórum de dois terços e quanto ao grande número de precedentes unânimes em pelo menos dois terços das turmas do Tribunal) tendem a inibir a formação ou a alteração de entendimentos jurisprudenciais uniformizados, o que por sua vez tornará provável o surgimento de uma situação de forte fragmentação do Direito do Trabalho, com a subsistência de entendimentos pulverizados, dispersos e regionalizados a respeito das normas trabalhistas de âmbito nacional, aumentando a insegurança jurídica e ferindo o caráter nacional das mesmas, consagrado no artigo 22, I, da Constituição Federal³⁰;

c) a afronta direta ao princípio da legalidade consagrado no artigo 5º, II, da Constituição pela existência *autônoma* da alínea *f* do inciso I do artigo 702 e de seus parágrafos 3º e 4º, o que caracteriza flagrante desrespeito às regras atinentes à elaboração das leis, na medida em que, como já apontado anteriormente, o dispositivo ora em exame foi editado no lugar de preceito que incontroversamente já havia sido revogado tacitamente desde 21/12/1988, data da edição da referida Lei nº 7.701, em uma espécie de reprivatização tácita desse preceito legal que, no entanto, é expressamente vedada pelo artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942, na redação dada pela Lei nº 12.376/2010), sendo, ademais, proibido pelo artigo 12, III, c, da Lei Complementar nº 95/1998 o simples aproveitamento do

“ É evidente que os procedimentos de elaboração ou alteração de súmula não induzem a noção de garantia processual da parte nem tratam de norma pertinente a contraditório, devido processo legal, direitos e ônus que constituam a relação processual ou mesmo ato destinado à realização da jurisdição. Por outro lado, não há dúvida de que o estabelecimento ou a alteração de súmula ou enunciado de jurisprudência uniforme diz respeito ao funcionamento interno do Tribunal, não se tratando de norma processual que justifique a interferência do legislador.” (*Reforma trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017. Op. cit., p. 424*).

30 “Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

I - *direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*” (...)

número do dispositivo revogado, como aqui ocorreu;

d) ao estabelecer exigências de quórum e de procedimento muito mais rigorosas para os tribunais trabalhistas uniformizarem a sua jurisprudência do que aquelas exigidas para os outros tribunais integrantes dos distintos ramos do Poder Judiciário brasileiro (com exceção da aprovação de súmulas com efeito vinculante pelo STF, mas aqui com regras diferenciadas estabelecidas pela própria Constituição, em seu artigo 103-A)³¹ sem nenhuma justificativa plausível para esta diferenciação, o legislador ordinário incorreu em duas outras inconstitucionalidades: a primeira, uma visível *ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, configurando claro desvio de finalidade*; a outra, uma inequívoca afronta ao *princípio da isonomia*, por tratar de forma agressivamente discriminatória os tribunais trabalhistas em relação aos demais tribunais que integram o Poder Judiciário nacional, no que se refere ao desempenho da função uniformizadora da jurisprudência.

Tais alegações, conforme se pode ver, são bastante consistentes, devendo ser, em breve, objeto de julgamento pelo Tribunal Pleno do TST, nos termos e para os efeitos dos artigos 97 da Constituição Federal, 948 a 950 do CPC e 274 a 279 do seu Regimento Interno. Naturalmente, se a arguição de inconstitucionalidade desses dispositivos for acolhida em definitivo (inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, se a questão chegar a seu exame pela via recursal ou, eventualmente, por meio do controle concentrado de constitucionalidade), todas essas objeções e dificuldades estarão resolvidas.

Como, no entanto, não se pode afirmar com certeza qual será o desfecho da arguição de inconstitucionalidade em tela, é preciso agora ainda examinar outras questões e dúvidas suscitadas pelo multicitado artigo 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT, que apontam no sentido de sua absoluta inconveniência.

31 Bastando lembrar que, nos termos do § 1º do artigo 926 do Código de Processo Civil, os Tribunais da Justiça Comum e Federal editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante *na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno*, preceito, aliás, em perfeita consonância com a autonomia administrativa e procedimental assegurada aos tribunais brasileiros em geral pelos já citados artigos 96, I, e 99 da Constituição Federal.

6. AS IMPROPRIEDADES E A INCONVENIÊNCIA DO ARTIGO 702 DA CLT, À LUZ DA LEI Nº 13.015/2014 E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, NA HIPÓTESE DE NÃO SER DECLARADA SUA INCONSTITUCIONALIDADE. DÚVIDAS, PERPLEXIDADES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Se não forem acolhidas as apontadas inconstitucionalidades do dispositivo em exame, ainda assim subsistirão graves defeitos técnicos e contradições por ele provocadas com o sistema processual comum e trabalhista, exigindo de todos os operadores do Direito (magistrados, procuradores do trabalho e advogados) um esforço enorme de aplicá-lo em conjunto com as demais normas processuais que regem o funcionamento dos tribunais brasileiros. Serão examinadas, a seguir, as demais impropriedades em que essa inovação da reforma trabalhista incorreu, os problemas e dúvidas daí decorrentes e suas eventuais soluções.

Salta aos olhos, em primeiro lugar, a falta de qualquer menção, por parte do legislador da reforma, à possibilidade de serem utilizadas, como pressuposto da edição ou da alteração de súmulas ou de outros enunciados de jurisprudência uniforme do tribunal, as decisões de seus órgãos de uniformização jurisprudencial interna, instituídos por força da aplicação combinada da já citada Lei nº 7.701/1988 e dos correspondentes dispositivos do seu Regimento Interno.³² Resta saber se isso foi intencional ou se foi fruto de impropriedade técnica da emenda que, uma vez aprovada, resultou no dispositivo em exame.

Homero Batista Mateus da Silva bem observa a esse respeito:

“(…) a norma ignora a existência das seções especializadas, que são tão caras à estrutura do TST; há evidente contrassenso neste particular, porque as decisões de turmas, utilizadas com suporte para as súmulas pelo art. 702, podem ter sido revistas pelo órgão de hierarquia superior, que é a SDI 1 do TST, em julgamento de recurso de embargos; a pressa com que a reforma trabalhista foi aprovada não permitiu ao legislador observar que este será um raro caso de formação de súmula com julgados de hierarquia inferior; (...)”³³

32 No caso do Tribunal Superior do Trabalho, a sua Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC – artigo 2º da Lei nº 7.701/88 c/c os artigos 65, III, e 70 do RITST) e a sua Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI – artigo 3º da Lei nº 7.701/88 c/c os artigos 65, IV, e 71, *caput* e seu § 1º, do RITST), por sua vez dividida em Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SbDI-1 – artigo 71, §§ 2º e 3º, do RITST) e Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SbDI-2 – artigo 71, § 4º). Como se sabe, a Lei nº 11.496/2007 tornou exclusivo esse papel uniformizador da jurisprudência interna das Turmas do TST, o que foi reforçado e mantido pela Lei nº 13.015/2014.

33 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Revista dos

São ainda mais incisivos em sua crítica Henrique Correia e Élisson Miessa, *in verbis*:

“Além disso, ao colocar entre seus critérios tão somente decisões das turmas, o legislador demonstrou verdadeiro desconhecimento da estrutura do C. TST, vez que se esqueceu das Seções Especializadas existentes neste Tribunal.

Da SDI-I, porque pode acontecer de modificar decisão de turma por meio dos embargos de divergência, mas seguindo o critério utilizado pelo legislador, valerá o acórdão substituído para a criação da súmula, e não a decisão da SDI-1.

Da SDI-II, porque os processos de sua competência não passam pelas turmas do TST, vez que são as matérias de competência originária dos tribunais. Desse modo, por exemplo, os temas relacionados a ação rescisória e mandado de segurança não poderão ser sintetizados em súmulas, já que não possuem julgados pelas turmas.

Da SDC, pelas mesmas razões do parágrafo anterior, ou seja, os dissídios coletivos não se submetem a julgamento pelas turmas do TST.”³⁴

São igualmente contundentes as observações feitas a esse respeito por Antônio Humberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto:

“Em nossa avaliação, o texto da lei é pobre, mal redigido, revelando verdadeira indigência científica, o que é resultado da falta de amplo debate e da preocupação de ouvir especialistas, no intuito de construir um conjunto tão profundo de mudanças com a responsabilidade e o cuidado que a sociedade brasileira merece.

A alteração do art. 702 da CLT é símbolo da mal arranjada tentativa de amordçar a jurisprudência trabalhista.

O equívoco técnico é tão grave que os descuidados redatores e artífices da reforma limitaram-se a prever a uniformização de jurisprudência por meio de coletâneas de julgamentos unânimes das Turmas do TST. Trata-se de equívoco grave e, quiçá, desconhecimento técnico de noções básicas de processo do trabalho.

A título de exemplo envolvendo a fragilidade da regulamentação

Tribunais. Op. cit., p. 152.

34 CORREIA, Henrique e MIESSA, Élisson. Manual da reforma trabalhista. Op. cit., p. 641-642.

do art. 702, I, f, da CLT, lembramos que o TST tem 29 súmulas (...) e 51 Orientações Jurisprudenciais da Subseção 2 de Dissídios Individuais (...) que versam sobre ação rescisória, nos seus mais diversos aspectos. A prevalecer a nova redação trazida com a Reforma Trabalhista, e considerando que as Turmas do TST jamais julgam ações rescisórias, nem originárias nem na fase recursal, tais verbetes estariam eternizados. Isso ocorre porque a esdrúxula alínea f do art. 702 só menciona julgamentos de turmas como precedentes a serem utilizados na elaboração ou alteração de verbetes.

Assim, não haverá a possibilidade de reunir precedentes de turmas que possam embasar qualquer alteração. (...) Da mesma forma, os precedentes normativos, e orientações jurisprudenciais da Seção de Dissídios Coletivos — SDC, não mais poderão ser revistos, porque as matérias veiculadas em tais verbetes, em geral, não passam por julgamento nas Turmas.”³⁵

Em segundo lugar, há outro paradoxo, decorrente do problema aqui apontado: como, pela definição expressa do artigo 182 do Regimento Interno do TST, as orientações jurisprudenciais e os precedentes normativos expressam a jurisprudência prevalecente das respectivas Subseções, a obrigatória aplicação dos novos requisitos para a edição ou para a alteração não só das súmulas mas também de todos e quaisquer outros “enunciados de jurisprudência uniforme” deste Tribunal tornarão praticamente inviável a aprovação de novas orientações jurisprudenciais e precedentes normativos no âmbito do TST, como bem acentuam Maurício Delgado e Gabriela Neves Delgado.³⁶

Em terceiro lugar, ainda que não se entenda rigorosamente inconstitucional o estabelecimento de exigências tão rigorosas e difíceis de atender para que os tribunais trabalhistas possam desempenhar sua relevante função uniformizadora de jurisprudência, a ponto de inviabilizá-la na prática, é fácil prever as consequências daí advindas, principalmente em relação aos casos mais complexos e difíceis (os *hard cases*, na consagrada expressão de Ronald Dworkin) em que será quase impossível a formação da necessária maioria de dois terços dos membros do Tribunal e a prévia existência de pelo menos dez precedentes unânimes em cada uma de dois terços de suas Turmas.

Nesse sentido, aliás, é extremamente crítico o Desembargador e Diretor da Escola Judicial do TRT15 Manoel Carlos Toledo Filho:

35 SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de Souza, SOUZA, Fabiano Coelho de, MARANHÃO, Ney e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. Op. cit., p. 427.

36 DELGADO, Maurício e DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. Op. cit., p. 318.

“Quando do advento do CPC/2015, debateu-se, à exaustão, acerca da necessidade de os Tribunais uniformizarem sua jurisprudência, em ordem a propiciar maior previsibilidade ao conteúdo de suas decisões e, como corolário, maior segurança jurídica para os jurisdicionados. No campo trabalhista, este anseio havia ademais sido já previamente externado pela Lei nº 13.015/2014.³⁷ Vem agora o legislador reformista e, tomado por uma sorte de arroubo vingativo que talvez somente a psicologia explique, coloca, aparentemente, todo esse esforço abaixo, na medida em que, na prática, impede aos Tribunais do Trabalho a uniformização de sua jurisprudência.

Como advertem Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, 317), “o novo critério restritivo irá permitir, ao longo do tempo, a pulverização da jurisprudência trabalhista em um universo de ilhas interpretativas, formadas por 24 Tribunais Regionais do Trabalho e, aproximadamente 1600 Varas do Trabalho (em que atuam em torno de 3600 Magistrados, titulares, auxiliares e/ou substitutos).”³⁸

A esse respeito também se posiciona com muita propriedade Homero Batista Mateus da Silva:

“O TST, com seus erros e acertos, é um tribunal de âmbito nacional que tenta impedir que o direito do trabalho seja concretizado de formas diferentes entre as 27 unidades da federação. Há expressa promessa constitucional no sentido de que o direito do trabalho seja monopólio da União e seja uno (art. 22, I), evitando lutas fratricidas e tratamento discriminatório entre os

37 O que levou a mais autorizada doutrina processual civil a elogiar fortemente a iniciativa pioneira do Direito Processual do Trabalho, ao tempo da promulgação da referida lei que modificou o capítulo da CLT que versa sobre os recursos trabalhistas antes mesmo da aprovação e da vigência do Código de Processo Civil de 2015, que, logo depois, implantou de forma abrangente e definitiva o novo paradigma, fundado no dever geral de uniformização da jurisprudência pelos Tribunais e na adoção de um novo paradigma, por sua vez baseado na adoção da denominada *teoria dos precedentes e do microsistema de litigiosidade repetitiva*. Por todos, vejam-se DIDIER JR, Fredie e MACEDO, Lucas Buril de. *O julgamento de recursos de revista repetitivos e a IN nº 39/2016 do TST: o processo do trabalho em direção aos precedentes obrigatórios*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 82, nº 3, p. 188-214, jul./set. 2016.

38 TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Comentários ao art. 702, I, “f” e seus §§ 3º e 4º da CLT*. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira, et alli. *Comentários à lei da reforma trabalhista – dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. Op. cit., p. 170.

cidadãos pelo singelo fato de atuarem em Estados e regiões distintas do país. Como o direito não é formado apenas pela produção das normas, mas, sobretudo, pela aplicação delas no tempo e no espaço, a promessa somente poderá ser cumprida se, além da produção ficar concentrada apenas nas leis federais, sua concretização for supervisionada por um órgão central. Bater forte no TST, como fez a reforma de 2017, tende a debilitar a legislação trabalhista e abre a perspectiva de proliferação de entendimentos pulverizados, disformes e regionalizados, aumentando a insegurança jurídica. Empresa de atuação de âmbito nacional deverá sofrer muito com essa inibição jurisprudencial do TST, ao passo que os trabalhadores provavelmente receberão valores distintos por trabalho igual, dentro da mesma nação. Demonstramos, assim, nossa preocupação com a obsessão do legislador em restringir a atuação do TST.³⁹

Por fim, acrescenta-se que todas essas imensas dificuldades irão se repetir no âmbito de cada Tribunal Regional do Trabalho por força do novo § 4º do artigo 702 da CLT, também introduzido pela reforma, e serão ainda maiores no contexto das grandes cortes regionais, como também bem pontuam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, que registram que “será simplesmente impossível para os grandes TRTs do País realizar a uniformização de sua jurisprudência pelo caminho dos verbetes sumulares — o mais democrático dos caminhos existentes, a propósito.”⁴⁰

Além das graves impropriedades ora apontadas, a apressada e tecnicamente imprecisa redação do art. 702, I, f, da CLT ainda suscita outras dúvidas de difícil solução.

39 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. Op. cit., p. 151-152.

40 DELGADO, Maurício e DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. Op. cit., p. 319.

O magistrado do trabalho e professor paulista Homero Batista Mateus da SILVA demonstra de forma ainda mais gráfica e expressiva a enorme dificuldade com a qual Tribunais Regionais de grande porte, como o é o da 2ª Região, irão se defrontar caso seja preservado o artigo em exame:

“O legislador coloca os TRTs numa situação difícilíssima. Se forem seguir à risca o manual de elaboração de súmulas e enunciados, nunca mais vão processar recursos de revista, que ficarão todos à espera da formação do caldo de cultura para o embasamento dos novos verbetes. Se não forem seguir à risca o procedimento, poderão ser acusados de usurpação de poderes e de produção de súmulas ao arpejo da lei. Como afirmam alguns doutrinadores, as súmulas são mais perenes e vinculativas (...). Tudo isso era realmente dispensável, ficando difícil esconder o caráter retaliativo da reforma.” (SILVA, Homero Mateus Batista da. *Comentários à reforma trabalhista*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual., 2017, p. 154)

Cumpra indagar, inicialmente: na medida em que esse dispositivo somente se refere aos casos de estabelecimento ou de alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, as exigências e os requisitos por ele instituídos também serão aplicáveis para os casos de simples cancelamento de verbetes jurisprudenciais já existentes, especialmente no que se refere ao quórum de dois terços dos membros do Tribunal?

A resposta não é simples, a nosso ver. Se é bem verdade que, na literalidade desse novo dispositivo da CLT, só estão previstas as hipóteses de estabelecimento ou de alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, por outro lado os regimentos internos do TST anteriores ao atual sempre exigiram, para o cancelamento desses verbetes jurisprudenciais, o mesmo número de votos exigido para sua edição ou alteração, ou seja, a maioria absoluta dos membros do Tribunal.⁴¹

Além disso, é preciso também considerar que o simples cancelamento de um verbe jurisprudencial já existente não significa necessariamente uma tomada de posição definitiva da maioria (absoluta ou qualificada) do Tribunal a respeito de uma questão que, pelas mais variadas razões, voltou a ser controvertida em seu âmbito, quer no sentido já preconizado pelo enunciado existente ou naquele a ele diametralmente oposto. Nessa perspectiva, o Tribunal Pleno estará decidindo simplesmente reabrir a discussão acerca da matéria por suas Turmas e demais órgãos fracionários, para permitir o amadurecimento a seu respeito antes de uma deliberação final do Plenário de editar nova súmula, orientação jurisprudencial ou precedente normativo sobre o tema. Seria esse, então, um caminho intermediário para os rigores do artigo 702 da CLT, que dispensaria a necessidade de já existirem os numerosos precedentes unânimes em pelo menos dois terços das Turmas do TST no sentido oposto ao consagrado naquele verbe jurisprudencial controvertido.⁴²

Mantendo a mesma simetria de tratamento, os artigos 172 a 184 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho em vigor tratam de forma

41 Artigo 166 do anterior Regimento Interno do TST.

42 Outra séria dificuldade lógica e procedimental decorre da contradição entre as exigências rigorosas do artigo 702 da CLT e a sistemática hoje estabelecida no artigo 72 do RITST para os casos em que haja uma única decisão do Órgão Especial ou das Seções ou Subseções Especializadas do Tribunal que se inclinar por contrariar súmula, orientação jurisprudencial e precedente normativo, a qual deverá ser suspensa, sem proclamação do resultado, com o encaminhamento dos autos ao Tribunal Pleno, para deliberação sobre a questão controvertida. Se, nesses casos, simplesmente não existirem, no mínimo, as 10 decisões unânimes em pelo menos 2/3 das Turmas do Tribunal proferidas em 10 sessões diferentes, nem mesmo com a votação favorável de pelo menos 2/3 do Tribunal Pleno será possível alterar o verbe jurisprudencial contrariado. Nesse caso, seu cancelamento (por maioria qualificada ou absoluta do Tribunal Pleno) talvez possa ser considerado o único caminho viável restante para a solução desse impasse.

absolutamente conjunta e sem distinção as hipóteses de edição, de revisão ou de cancelamento de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedentes normativos.

Por outro lado, é de se reconhecer que o artigo 75, inciso VII, do Regimento Interno vigente só prevê expressamente a aplicação do disposto no artigo em exame, inclusive quanto ao voto de pelo menos dois terços de seus membros, aos casos de edição ou de alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme. Porém, o § 2º do inciso IV do artigo 68 do mesmo Regimento, fazendo remissão expressa ao artigo 702 da CLT, estabelece ser necessário o número de pelo menos dois terços dos votos não só para a edição e a revisão de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedente normativo, mas também para *o seu cancelamento*.⁴³

No âmbito doutrinário, parece claro para Maurício Delgado e Gabriela Neves Delgado que essas exigências do novo artigo 702 da CLT para a formulação e/ou alteração de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho também se aplicam às hipóteses de seu cancelamento.⁴⁴

Outra questão conexa à antes examinada consiste nas situações paradoxalmente provocadas pelas numerosas e profundas alterações das normas de Direito Material do Trabalho efetuadas pela própria reforma trabalhista, que tornarão contrárias aos novos dispositivos da CLT várias súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos hoje em vigor.⁴⁵

Se não for possível ao Tribunal Superior do Trabalho alterar ou ao menos cancelar, mesmo que por unanimidade dos membros do seu Plenário, esses enunciados de jurisprudência uniforme contrários à nova lei sem levar em conta

43 Sendo evidente a contradição do inciso IV do § 1º do mesmo artigo 68 (que refletiu a redação do projeto de novo Regimento Interno do TST anterior à edição da reforma trabalhista pela Lei nº 13.467/2017) com esses outros dispositivos regimentais, ao exigir apenas a maioria absoluta dos membros do Tribunal Pleno para tais hipóteses. Mesmo com esse manifesto equívoco, é revelador que, também para a hipótese de cancelamento, continuou a ser exigida, de forma absolutamente simétrica, a mesma votação mínima exigida para os casos de edição ou de revisão de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedente normativo.

44 DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. Op. cit., p. 317. No mesmo sentido parece inclinar-se Homero Batista Mateus da SILVA, ao pronunciar-se no sentido de ser aplicável o disposto no novo artigo 702 da CLT aos casos de aprovação, de revisão e de *cancelamento* das orientações jurisprudenciais (OJs) do TST (In: *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Op. cit., p. 153-154).

45 Homero Batista da SILVA elenca, apenas exemplificativamente, várias súmulas e orientações jurisprudenciais do TST que, na sua expressiva formulação, “terão que ser revistas, moduladas ou canceladas, pela pressão contrária exercida pelo legislador de 2017” (In: *Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. Op. cit., p. 152-153).

as exigências do artigo 702 da CLT quanto à existência prévia de pelo menos dez decisões unânimes de cada uma de seis de suas Turmas (os dois terços que a lei exige) no sentido oposto aos referidos verbetes, não haverá como eliminar do mundo jurídico estas súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos superados pela alteração legal. E essa situação será ainda mais grave nas hipóteses, que certamente serão numerosas, em que a incompatibilidade entre esses enunciados e os novos dispositivos legais não for tão clara, impedindo a renovação da jurisprudência uniforme do TST com a flexibilidade e a rapidez que seriam necessárias, mesmo que para compatibilizá-la com o sentido e o teor da própria reforma implementada.

Em outras palavras, caberá à jurisprudência, a despeito da tentativa do legislador reformista de reduzir os magistrados do trabalho à mera “boca da lei”, não aplicar literalmente o disposto no novo artigo 702, I, f, consolidado quanto à exigência da existência prévia dos numerosos precedentes de Turmas do próprio TST em sentido contrário aos enunciados agora superados, para que o Tribunal Pleno, se for o caso, possa alterá-los ou cancelá-los, adequando-os à legislação ordinária superveniente.

Mais um aspecto muito relevante levantado pela recente doutrina acerca do referido artigo 702 da CLT consiste em determinar se ele também será aplicável à edição de precedentes (inclusive aqueles porventura contrários a súmulas, orientações jurisprudenciais ou precedentes normativos preexistentes) por meio dos novos incidentes de litigiosidade repetitiva e de padronização de jurisprudência instituídos pelo CPC de 2015, aplicáveis ao direito processual do trabalho por força dos artigos 769 e 896-B da CLT e do artigo 15 do referido diploma processual comum.

Aqui, os doutrinadores dividem-se. Do lado daqueles que entendem ser inaplicável o artigo 702 da CLT a esta nova sistemática, podemos citar, em primeiro lugar, Homero Batista Mateus da Silva, que, de forma concisa, assim pontua:

“E ainda há mais um grão de sal: o art. 702 não poderá ser aplicado tampouco às novas figuras processuais de padronização de jurisprudência previstas pelo NCPC, a saber, o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976) e o incidente de assunção de competência (art. 947). Ambas figuras possuem regramento próprio do NCPC, que colidem com o engessamento da nova redação do art. 702 da CLT.”⁴⁶

Na mesma linha, Henrique Correia e Élisson Miessa pronunciam-se de maneira incisiva, nos seguintes termos:

⁴⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. Op. cit., p. 154-155.

“Inicialmente, cumpre registrar que a expressão enunciados de jurisprudência é entendida como as atuais orientações jurisprudenciais, não alcançando, evidentemente, o incidente de resolução de demandas repetitivas, a assunção de competência ou o recurso de revista repetitivo, que seguem disciplina constante, respectivamente, dos arts. 976 a 987 do NCPC, 947 do NCPC e 896-C da CLT. (...)”

De qualquer maneira e como já dito, o legislador desatualizado preocupou-se com as súmulas e orientações jurisprudenciais (outros enunciados), mas se esqueceu de que o Novo CPC introduziu outros mecanismos eficazes de uniformização de jurisprudência, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, da assunção de competência ou do recurso de revista repetitivo, que não se submetem ao art. 702, I, f, da CLT.⁴⁷

Também entendem nesse sentido Antônio Humberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, afirmando que a fixação de tese jurídica em caso concreto por meio desses três incidentes de litigiosidade repetitiva não atrai a incidência do art. 702, I, f, da CLT, “porque as decisões resultantes de tais institutos processuais não se enquadram no conceito de enunciados de jurisprudência”, acentuando ainda que as normas do novo Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho aprovado em 20/11/2017, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, nada mencionam sobre a aplicação desse dispositivo consolidado ao julgamento desses incidentes.⁴⁸

Em sentido contrário, posiciona-se Manoel Carlos Toledo Filho, divergindo expressamente dos últimos autores acima citados:

“Embora, como visto, a lei esteja esdruxulamente mal feita, seu objetivo é claro: qualquer intento de uniformizar ou padronizar o entendimento jurisprudencial dos tribunais do trabalho somente se poderá ultimar mediante o alcance de um consenso ou quórum especial. É o que facilmente se extrai da expressão *outros enunciados de jurisprudência uniforme*. Não haveria como, a nosso sentir, excluir o IRDR deste âmbito, ilação que se reforça por conta da expressa revogação dos §§ 3º e 4º do art.

47 CORREIA, Henrique e MIESSA, Élisson. *Manual da reforma trabalhista*. Op. cit., p. 640 e 642.

48 SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de Souza, SOUZA, Fabiano Coelho de, MARANHÃO, Ney e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. Nº 808/2017*. Op. cit., p. 428.

Não se pode negar, de início, ter sido a clara intenção do legislador da reforma impedir que a jurisprudência dos tribunais trabalhistas seja uniformizada em matérias altamente controvertidas, em que a decisão prevalecente resulte de maiorias apertadas, ainda que por maioria absoluta (o que costuma ser a situação mais frequente no julgamento dos hard cases que são característicos dos IRRs, IRDRs e IACs). Além disso, não seria possível exigir, para esses julgamentos, a existência prévia de pelo menos dez precedentes unânimes de Turmas no sentido afinal prevalecente (até porque, logo após a sua instauração, o respectivo Relator, em regra, determina a suspensão do andamento dos processos repetitivos com o mesmo objeto).

Como é evidente, isso simplesmente vai impedir que o *microsistema de litigiosidade repetitiva* instaurado pelos artigos 896-B e 896-C da CLT (acrescentados a esta Consolidação pela Lei nº 13.015/2014) e pelo novo Código de Processo Civil de 2015 opere no âmbito trabalhista, sem que se possa razoavelmente afirmar que este foi objeto de revogação tácita ou expressa pela Lei nº 13.467/2017.

Paralelamente, se é bem verdade que o novo Regimento Interno do TST, aprovado por seu Tribunal Pleno em 20/11/2017, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, foi expresso em estabelecer que a uniformização de jurisprudência por meio de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, no âmbito do TST, deve observar o disposto no art. 702, I, f, da CLT (artigos 169, 172, 177 e 179 do RITST),⁵⁰ todos os dispositivos regimentais que disciplinam esses incidentes (IAC, IRDR e IRR) nesta Corte Superior não determinaram, nesses casos, a observância deste dispositivo consolidado.

49 TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Comentários ao art. 702, I, “f” e seus §§ 3º e 4º da CLT. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira, FELICIANO, Guilherme Guimarães, SILVA, José Antônio Ribeiro de OLIVEIRA e TOLEDO FILHO, Manoel Carlos Toledo Filho. Comentários à lei da reforma trabalhista – dogmática, visão crítica e interpretação constitucional, São Paulo: LTr, 2018, p. 171.

50 É preciso esclarecer que o Tribunal Superior do Trabalho, ao aprovar o seu novo Regimento Interno em 20/11/2017, poucos dias depois da data em que entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017, que promoveu a reforma trabalhista, optou por não suscitar a questão altamente controvertida aqui longamente exposta e que, naquele momento, impediria que o longo e democrático processo de construção das suas novas normas regimentais se visse paralisado, justo ao seu final. Como é evidente, a evolução do debate doutrinário e jurisprudencial quanto à inconstitucionalidade e à inconveniência do procedimento implantado pelo referido artigo 702 da CLT poderá, no futuro, levar à alteração dos dispositivos regimentais que, em princípio, estabeleceram a sua aplicabilidade para a edição, a alteração e o cancelamento de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST.

Para concluir, basta observar que a aplicação desse artigo da CLT ao julgamento desses incidentes vai impedir que eles se deem por maioria simples ou absoluta do órgão julgador (passando a ser necessária a maioria qualificada de dois terços), inviabilizando, de forma automática e absoluta, o julgamento dos incidentes de recursos repetitivos (IRRs) pela própria SbDI-1.

Além disso, extrai-se da simples leitura do *caput* do artigo 896-C da CLT, que disciplina o IRR no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, sua instauração necessariamente deverá ser aprovada pela própria SbDI-1, quando esta também deverá decidir se o incidente tramitará e será julgado em seu próprio âmbito ou no âmbito do Tribunal Pleno. Só que a exigência do artigo 702 consolidado de que seja alcançada a votação de pelo menos dois terços dos membros do Tribunal Pleno no sentido prevalecente do enunciado de jurisprudência uniforme (ou seja, dezoito votos, no total de vinte e sete Ministros) não será alcançada nunca por um órgão fracionário que é composto de quatorze integrantes.

Essa elementar constatação, associada ao reconhecimento de que a ideia da “existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal” (que é a própria razão de ser da instauração do IRR, na expressa dicção do mesmo *caput* do citado artigo 896-C) também entra em contradição frontal com o já apontado requisito da existência prévia de pelo menos dez precedentes unânimes de pelo menos dois terços das Turmas do Tribunal no sentido da tese afinal prevalecente, forçam-nos a concluir, pedindo todas as vênias aos entendimentos em contrário, no sentido da inaplicabilidade das exigências e restrições do novo artigo 702 da CLT aos incidentes de julgamento de processos repetitivos em tela.

Ainda que se conclua na forma aqui preconizada, restará um sério impasse a ser superado: mesmo que, em matérias novas, não objeto de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos já existentes, seja razoável admitir a aprovação de teses configuradoras de precedentes, no âmbito dos incidentes em tela, sem a obrigatoriedade de posterior edição, pelo Tribunal Pleno, de um desses enunciados de jurisprudência uniforme (caso em que não seria mesmo necessária a observância das exigências do artigo 702 da CLT quanto ao quórum favorável de pelo menos dois terços do Tribunal Pleno e da existência de precedentes anteriores das Turmas no mesmo sentido), a questão será tormentosa para os casos em que as teses firmadas nos julgamentos desses incidentes, principalmente se julgadas em um dos órgãos fracionários do Tribunal, forem contrárias a algum dos enunciados jurisprudenciais já existentes⁵¹.

Nesses casos, por força do disposto no já citado artigo 72 e no artigo

51 Como já aconteceu anteriormente nos julgamentos de IRRs pela SbDI-1 nos casos que tinham por objeto a Súmula 124 e a Orientação Jurisprudencial 191 da SbDI-1.

171, caput e seu § 1º, do Regimento Interno, será necessário suspender a proclamação do resultado do julgamento e encaminhar os autos ao Tribunal Pleno, para sua deliberação sobre a questão controvertida, momento em que necessariamente incidirá o disposto no multicitado artigo 702 da CLT para a revisão ou o cancelamento do verbete jurisprudencial respectivo.⁵²

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROSPECTIVAS

De tudo o que foi até aqui exposto, verifica-se que a edição do novo artigo 702, I, f, e seus §§ 3º e 4º, da CLT pela reforma trabalhista implantada pela Lei nº 13.467/2017 trouxe muito mais problemas, dúvidas e perplexidades do que benefícios. A maneira apressada e superficial com que a discussão a seu respeito foi travada no Congresso Nacional, permeada por preconceitos e má vontade contra a atuação da Justiça do Trabalho e de seus magistrados e sem o contraditório, a maturação e a prudência que a relevância da matéria exigiam, produziu um dispositivo que restringiu de forma exacerbada e irrazoável o exercício da elevada função uniformizadora de sua jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Suas possíveis inconstitucionalidades e sua clara inconveniência, em muitos e importantes aspectos, foram aqui salientadas.

Se o referido preceito consolidado acabar por ser declarado inconstitucional pela via difusa hoje já instaurada, no âmbito do TST ou, eventualmente, em controle concentrado que seja adotado no futuro, a questão estará encerrada, retornando a matéria à normalidade, pela aplicação combinada das regras dos Regimentos Internos desses Tribunais, dos dispositivos do CPC e do próprio capítulo da CLT que disciplina os recursos trabalhistas.

Se, no entanto, essa inconstitucionalidade não for declarada e o Poder Legislativo não se dispuser a revogar, ele próprio, esse dispositivo da CLT (o que, apesar de improvável, a nosso ver seria o ideal), restará aos magistrados do trabalho que atuam nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior do Trabalho aplicar as novas regras processuais em tela *cum grano salis*, na forma preconizada neste trabalho, de modo a assegurar o adequado e indispensável desempenho da função uniformizadora dos tribunais trabalhistas dentro de desejáveis e

52 O que já ocorreu recentemente na sessão da SbDI-1, realizada em 14/12/2017, de julgamento do IRR 10169-57.2013.5.05.0024, em que, por ampla maioria, prevaleceu tese contrária ao entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1, suspendendo-se a proclamação do resultado para que, após a oitiva da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos do TST, a matéria da revisão ou cancelamento, se for o caso, da referida orientação jurisprudencial seja submetida ao Tribunal Pleno. A questão está suspensa na presente data, aguardando a decisão do Plenário do Tribunal sobre a arguição de inconstitucionalidade do artigo 702, I, f e seus §§ 3º e 4º, da CLT.

indispensáveis padrões e critérios de razoabilidade e eficiência, sempre sob a ótica da preservação de sua competência constitucional e legal e da concretização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, infelizmente desconsiderados e até mesmo combatidos, nesse aspecto, pelo legislador da reforma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Amauri César. *Comentários à CLT, Artigo 8º*. In: ALVES, Amauri César e LEITE, Rafaela Fernandes (orgs.). *Reforma trabalhista – comentários à Lei nº 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CORREIA, Henrique e MIESSA, Élisson. *Manual da reforma trabalhista*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DALAZEN, João Oreste. *Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 80, nº 4, p. 204-263, out./dez. 2014.

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

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira, FELICIANO, Guilherme Guimarães, SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira e TOLEDO FILHO, Manoel Carlos Toledo Filho. *Comentários à lei da reforma trabalhista – dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018.

DIDIER JR, Fredie e MACEDO, Lucas Buril de. *O julgamento de recursos de revista repetitivos e a IN nº 39/2016 do TST: o processo do trabalho em direção aos precedentes obrigatórios*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 82, nº 3, p. 188-214, jul./set. 2016.

FREIRE E SILVA, Bruno. *A reforma processual trabalhista e o acesso à justiça*. In: *Revista de Processo*. v. 278, abril 2018, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 393-410.

MACÊDO, Lucas Buril de. *O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do novo Código de Processo Civil*. In: *Revista de Processo*, v. 237, novembro/2014, p. 369-401.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIMENTA, José Roberto Freire. *A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios*. In: BELMONTE, Alexandre Agra (organizador), *A nova lei de recursos trabalhistas: Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, p. 25-70, 2015; e In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 80, nº 4, p. 95-162, out./dez. 2014.

_____. *A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho*. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; LOPES, Othon de Azevedo (organizadores). *Direito Constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015, p. 225-267.

_____. *O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: v. 82, nº 2, p. 176-235, abr./jun. 2016.

_____. *A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. In: *Revista LTr*. São Paulo, v. 65, nº 2, p. 151-162, 2001; e In: *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da Terceira Região*. Belo Horizonte: 2001. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. Belo Horizonte : Escola Judicial do TRT – 3ª Região, p. 305-334, 2001.

_____. *Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro*. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO Maurício Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira (coords.), *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 337-399; *Revista do TRT da 15ª Região*. São Paulo: LTr, nº 24, p. 199-255, jun./2004; e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 6, nºs 11 e 12, p. 100-153, 1º e 2º semestre de 2003.

_____. *A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional*. In: *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. São Paulo: LTr, p. 9-50, 2009.

_____. *A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites*. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (coords.), *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, p. 22-73.

PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais*. In: ÁVILA, Ana, RODRIGUES, Douglas Alencar e PEREIRA, José Luciano de Castilho (organizadores). *Mundo do trabalho – atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014, p. 247-269.

ROCHA, Camila Holanda Mendes da. *A Justiça do Trabalho como órgão homologador:*

afrenta ao direito constitucional de acesso à justiça. In: Reforma trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho, Salvador: Ed. JusPodivm, p. 619-631.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. rev. e atual., 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de Souza, SOUZA, Fabiano Coelho de, MARANHÃO, Ney e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*, 2ª ed., rev., atual. e ampliada, São Paulo: Rideel, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 189, novembro 2010, p. 9-52.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. *Uma retórica maçante e desagradável*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: v. 83, nº 4, p. 28-30, out./dez. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais,, v. 172, junho/2009. p. 121-174.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Cláudio Brandão*

Resumo:

O presente artigo analisa a origem e evolução do sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, tanto na legislação processual civil quanto na trabalhista, em certa medida fonte inspiradora para aquela, com destaque para o seguinte recorte: o incidente de resolução de demandas repetitivas no processo do trabalho.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios. Estabilidade, coerência e integridade. Incidente de resolução de demandas repetitivas.

Sumário: 1. Introdução. 2. Origens. 3. Regras gerais. 4. Procedimento. 5. Julgamento e efeitos. 6. Revisão de tese jurídica. 7. Impugnação da decisão – recurso cabível. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

É voz corrente afirmar que o legislador brasileiro inspirou-se nos modelos inglês e americano para construir o sistema de precedentes judiciais, inicialmente introduzido pelas denominadas “reformas do CPC” ocorridas a partir dos anos 1990, mais particularmente pela Lei n. 11.418/2006, com a introdução do incidente de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

No processo do trabalho, o marco histórico no caminho à implantação do sistema de precedentes judiciais dotados de cumprimento obrigatório remete ao ano de 2014, em mais uma iniciativa na direção do conhecido sistema da *common law*.

A edição da Lei nº 13.015/2014, além de antecipar algumas das novidades contempladas no CPC, introduziu-o de modo pioneiro e definitivo

* CLÁUDIO BRANDÃO. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Membro da *Asociacion Iberoamericana de Derecho del Trabajo*, da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor convidado da Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito e da Universidade Católica do Salvador.

na Justiça do Trabalho e certamente inspirada na ideia de criar solução de massa para as demandas igualmente de massa, marca da sociedade brasileira nos últimos anos.

Essa norma consolidou o que se pode denominar de Unidade Sistêmica, relacionada à imprescindibilidade de fixação de tese jurídica prevalecente nos tribunais sobre uma mesma questão jurídica. A partir da análise dos novos incidentes processuais por ela criados, ou dos antigos que foram alterados, pode-se concluir que, uma vez provocado, caberá ao tribunal eliminar a diversidade de interpretações possíveis em torno da questão jurídica posta ao seu exame e fixar uma única, a qual se imporá, de modo obrigatório, nos planos horizontal (internamente ao tribunal) e vertical (instâncias inferiores).

A coerência e a força normativa do precedente judicial, se dúvidas pudessem haver, foram expressamente previstas no art. 926 do CPC, que não apenas afirmou o dever de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência, à semelhança do que ocorre com o art. 896, § 3º, da CLT, como o ampliou para que seja mantida “estável, íntegra e coerente”.

Tais predicados possuem relação intrínseca com a garantia de isonomia na criação e interpretação dos precedentes. O primeiro, a estabilidade, diz respeito à necessidade de sua fiel observância, a fim de que sejam evitadas mudanças ocasionais de posicionamentos ou julgados que destoem do entendimento hegemônico, a exemplo do que se denomina, pejorativamente, no jargão forense, de “jurisprudência de verão”, ou ocasional. A integridade, por sua vez, se relaciona com a preservação, na sua inteireza, da *ratio decidendi* neles contida; finalmente, a coerência toca à interpretação de temas conexos, pois, conquanto não decorram diretamente do que já foi decidido, devem guardar correspondência com os precedentes editados e seguir a mesma linha decisória neles adotada.

Evidentemente, também é necessário que os argumentos das partes sejam coerentes entre si e guardem pertinência com a questão jurídica controvertida. Argumentação irrelevante, ainda que faça parte da defesa ou da petição inicial, carecerá de exame, pois não será capaz de alterar a decisão; se o for, a obrigação será a mesma: apreciá-la e nisso não há nada de novo.

O objetivo de uniformizar a interpretação sobre questão jurídica no âmbito do mesmo Tribunal é concebido no denominado Microssistema de Formação Concentrada de Precedentes Obrigatório¹ representado pelo Incidente de Julgamento de Recursos de Revista Repetitivos – IRRR, pelo Incidente de Assunção de Competência – IAC e pelo e pelo Incidente de

¹ Expressão tomada de empréstimo da doutrina de Fredie Didier Jr. que aponta no sentido da existência de dois microssistemas no Novo CPC: a) de gestão, administração e julgamento de casos repetitivos, formado pelos Incidente de Julgamento de Demandas Repetitivas – IRDR e Incidente de Julgamento de Recursos Repetitivos – IJRR, e; b) de formação concentrada de precedentes judiciais obrigatórios, o qual, além dos incidentes mencionados, também inclui o Incidente de Assunção de Competência – IAC.

Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, este último objeto de análise no presente artigo.

É certo que, anteriormente à alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017, a denominada “reforma trabalhista”² também compunha esse sistema o Incidente de Uniformização de Jurisprudência Regional — IUJR, previsto nos §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT, suprimidos pela citada Lei. Tal alteração pode levar o intérprete menos avisado ou mais apressado a supor que, doravante, não mais subsiste a obrigação de os TRT uniformizarem a sua jurisprudência, remetendo — ou melhor, retrocedendo — ao período anterior à Lei nº 13.015/2014.

Trata-se, contudo, de interpretação que não condiz com a manutenção das regras previstas no CPC, aplicáveis de modo expreso ao processo do trabalho pelos arts. 769 da CLT e 15 do CPC, e de modo particular as que disciplinam o citado microsistema processual, estas pela clara invocação contida no art. 896-B da CLT, que não dá margem a qualquer dúvida:

Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. (Incluído pela Lei nº 13.015, de 2014).

Portanto, a meu sentir, desta feita com amparo no CPC, não há que se falar na extinção da obrigatoriedade de os Tribunais pacificarem a controvérsia em torno de questão jurídica no âmbito dos seus órgãos fracionários e fixem tese única a ser observada de forma obrigatória, nos planos vertical e horizontal.

2. ORIGENS

Embora originariamente previsto no projeto de lei e suprimido na tramitação no Congresso Nacional, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR tem aplicação nos TRTs e no TST, com a vigência do CPC, no qual é disciplinado.

Constava, no § 3º do art. 896 da CLT no projeto de lei enviado pelo TST, a determinação para que para os TRTs aplicassem o novo instituto, como se constata na transcrição abaixo, com destaque para o trecho suprimido durante a tramitação, em virtude de, à época, ainda não haver sido aprovado o CPC:

§ 3º. Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência (e aplicarão, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de resolução de demandas repetitivas

2 Também conhecida como “deforma trabalhista”, pelas diversas mudanças que importaram em supressão de direitos dos trabalhadores.

previsto no Código de Processo Civil, não servindo a eventual súmula ou a tese aprovada sobre a questão jurídica controvertida, no julgamento do incidente, para ensejar a admissibilidade do recurso de revista quando contrariar súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho).

Superado o óbice legislativo, não mais há que se falar em qualquer outro, em especial pelo disposto no artigo 15 do CPC e pelo também já mencionado art. 896-B da CLT.

Fecha-se, dessa forma, o ciclo relativo à obrigatoriedade dos precedentes judiciais e, da mesma forma que o TST, os TRTs dispõem de uma importante ferramenta destinada a viabilizar o exame das demandas de massa, como também apta a pacificar o debate jurisprudencial nas instâncias inferiores e no âmbito interno da Corte.

Destinado, igualmente, à formação de precedentes, pode ser suscitado quando se constatar a existência de repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e que ocasione risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, desde que haja, pelo menos, um recurso sob exame do Tribunal, exigência que se faz necessária para que não se converta em espécie de advocatória, como se examinará adiante.

Esse incidente em muito se assemelha aos demais anteriormente mencionados, com a peculiaridade de referir-se às causas que tramitam nas diversas instâncias — e não a recursos —, cuja solução estará necessariamente atrelada à questão jurídica definida.

Por meio desses incidentes, deve-se buscar a pacificação do posicionamento sobre questões jurídicas submetidas ao crivo dos tribunais, sejam os TRTs, seja o TST, e, uma vez fixada a tese, a novidade é a força obrigatória que adquire junto ao próprio tribunal que proferiu a decisão, inclusive perante os seus órgãos fracionários, como também nas instâncias inferiores, ressalvada a possibilidade de alteração por ele próprio ou por instância superior.

3. REGRAS GERAIS

Como destacado, o ordenamento jurídico brasileiro passa por um processo de transformação e nele são incorporados institutos próprios do sistema da *common law*, em especial a força obrigatória dos precedentes judiciais.

Assemelha-se, sobremaneira, ao julgamento dos recursos repetitivos. Assim, muito do que se diz sobre esse incidente próprio dos tribunais superiores aplica-se a este último, no âmbito dos TRTs e do TST.

a) Pressupostos

A instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas — IRDR, autorizado genericamente pelo art. 976 do CPC, exige, conjuntamente, a presença de dois pressupostos intrínsecos específicos:

a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão jurídica unicamente de direito: caberá à jurisprudência precisar o alcance desse conceito indeterminado (“efetiva repetição de processos”). Cheguei até afirmar, em trabalho sobre o tema, para fins de determinação da quantidade, que pudesse ser instaurado a partir de quatro processos sobre o mesmo tema. Contudo, melhor refletindo, tendo em vista as consequências geradas pelo citado incidente, especialmente a possibilidade de suspensão dos processos e o natural retardamento em sua solução, o melhor caminho é não fixar um número absoluto; deve-se deixar em aberto para que, aos poucos e com a maturação do seu uso, a jurisprudência fixe o que considerar razoável e até mesmo podendo variar a partir da conjugação dos demais pressupostos. Quanto maior a relevância da questão jurídica e a possibilidade de risco de ofensa à isonomia e à segurança, maior será a possibilidade de ser instaurado e menor poderá ser o número exigido para as demandas já em curso;

b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica: dois conceitos jurídicos indeterminados que passarão pelo crivo jurisprudência, quanto ao seu alcance. A caracterização de ofensa ao princípio da igualdade pode ser evidenciada por decisões diferentes para a mesma questão jurídica, no âmbito da jurisdição do TRT; a ofensa à segurança jurídica pela diversidade de posicionamentos, inclusive e até mesmo na mesma unidade judiciária, como pode ocorrer entre titulares e substitutos ou em função da composição do quórum de julgamento do órgão colegiado.

Observe-se que, ao utilizar a palavra “demanda” e não “recursos”, o legislador teve por objetivo conferir a possibilidade de o juiz de primeiro grau também o provocar.

Esse foi o posicionamento adotado no Senado, ao alterar texto oriundo da Câmara dos Deputados:

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 988 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência.

O § 1º do mesmo dispositivo autoriza – digo eu, determina – o prosseguimento do incidente, mesmo que o recorrente, ciente de que o recurso

prosseguirá no rito especial previsto no artigo comentado, desista da causa. A regra se justifica em função da necessidade de pacificação do debate e da fixação da tese jurídica prevalecente, ambos no âmbito da região.

A intervenção do Ministério Público do Trabalho é prevista no § 2º, que assumirá a demanda, em caso de desistência ou abandono, mencionado no § 1º. Deverá ser intimado pessoalmente, assim que instaurado o incidente e, se a parte desistir ou abandonar a causa, passará a figurar como titular.

Admite o § 3º a renovação do incidente em momento posterior, na hipótese de não ser admitido, pela falta de observância dos pressupostos de admissibilidade, caso seja superado o óbice antes constatado.

No § 4º é instituída “cláusula de barreira” para que possa ser suscitado no TRT, que consiste no fato de o TST já haver instaurado o incidente para julgamento de recursos de revista repetitivos e houver afetado a mesma questão jurídica. A razão se faz presente em virtude do alcance de ambos os institutos jurídicos: o IRDR tem abrangência regional, ao passo que o IRR alcançará todo o território nacional. Além disso, o primeiro solucionará o debate na respectiva região; o segundo, no TST e entre TRTs.

O § 5º não tem aplicação no processo do trabalho. Não há cobrança de custas prévias e são elas calculadas sobre o valor final da condenação.

b) Legitimidade

A legitimidade para suscitar o IRDR é prevista no art. 977 do CPC. Competirá: a) ao desembargador relator, ao constatar a presença dos pressupostos nos recursos ordinários, agravos de petição, remessas necessárias ou agravos de instrumento; b) ao juiz de primeiro grau, diante dos mesmos pressupostos, mas nos processos em tramitação no primeiro grau; c) a qualquer uma das partes, Ministério Público do Trabalho ou Defensoria Pública, estando o processo nos três graus de jurisdição.

No caso das partes, a petição deve estar acompanhada dos documentos que comprovem a presença dos pressupostos do incidente propriamente dito, como previsto no parágrafo único, já mencionado.

O mesmo ocorre quando suscitado pelo juiz, hipótese em que deverão estar anexados ao ofício em que noticiar o fato. Como as demandas estarão ainda na primeira instância, neste último caso, o ofício deve ser enviado ao Presidente do TRT, para que determine a instauração do incidente; se já houver recurso distribuído, no qual o tema esteja sendo discutido, o destinatário será o relator.

Ainda em se tratando de iniciativa do juiz, cabe analisar se há necessidade de causa pendente no tribunal, especialmente em face da regra prevista no art. 978 do CPC.

A doutrina, no particular, é controvertida.

De um lado, autores como Sofia Temer sustentam ser dispensável, a começar por vício formal no citado dispositivo, por não haver constado nas versões aprovadas pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal, passando pela afirmação de que, superado esse óbice, conteria ele regra de prevenção, e não como determinação da existência de causa pendente no tribunal, além de também assinalar que o juiz de primeiro grau seria o melhor agente para provocar a instauração do citado incidente, “justamente por observar de perto a repetição sobre a questão jurídica”.³ De outro, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam o contrário.⁴

Apesar das respeitáveis e fundadas ponderações feitas pela citada autora, fico com a segunda corrente. Compreendo que a possibilidade de o citado incidente nascer a partir da provocação de magistrado de primeiro grau é salutar, pois é quem primeiro percebe a multiplicidade de processos ajuizados que contêm idêntica questão jurídica relevante e também pode constatar a ocorrência de dissenso capaz de autorizá-lo. Contudo, representaria jurisdição *per saltum* ou, em outras palavras, verdadeira advocatória, causando prejuízos à condução regular do processo e também ao salutar debate de teses pelos juízes responsáveis pela compreensão da matéria, o que produziria frutos positivos na fixação posterior pelo tribunal.

c) Competência

A competência para julgamento do incidente é objeto do art. 978 do CPC, autorizada ao órgão indicado no regimento interno: Tribunal Pleno, Órgão Especial ou outro criado com tal finalidade. Mas, além disso, se confere ao mesmo órgão interessante competência excepcional: a ele competirá decidir o recurso, remessa necessária ou a causa de competência originária na qual o incidente foi suscitado.

O julgamento será duplo: fixará a tese jurídica prevalecente, no incidente propriamente dito, e, na sequência, alcançará o recurso, a remessa necessária e a causa que se encontrava sob sua apreciação, nesta última hipótese, em se tratando de competência originária do tribunal, na qual tenha sido suscitado o incidente, o que vejo como de rara ocorrência, considerando a natureza excepcional das lides desta natureza.

Nesse ponto, o incidente guarda semelhança com incidente de julgamento dos recursos repetitivos e ambos se distanciam do incidente de uniformização de jurisprudência, cuja competência do Pleno ou Órgão Especial se limita a fixar a tese jurídica, com posterior devolução ao órgão no qual foi suscitado para continuação do julgamento do recurso cuja tramitação foi sustada.

3 TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 103-108.

4 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 632.

Veja-se o Parecer do Relator que chancela tal posicionamento:

Acontece que, para clareza textual, é importante deixar claro que, no incidente de recursos repetitivos, o órgão julgador não se limita a fixar a tese, mas também avança no julgamento do caso concreto. É verdade que tal procedimento já está implícito na redação do SCD, do que dá ilustração o fato de o § 4º do art. 995 do SCD prever o cabimento de recursos especial e extraordinário contra o veredito firmado sobre o incidente.

d) Divulgação e publicidade

Garantia da legitimidade da decisão que firma o precedente, a ampla divulgação, desde a instauração do incidente, é mais uma dos seus requisitos, o que, na Justiça do Trabalho, é preenchido por intermédio do “Banco de Teses”, tratado no artigo 6º do Ato nº 491/2014 (TST), é previsto no § 1º do dispositivo, que deve também ser divulgado no sítio do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT na internet, do qual pode se valer o TST para caracterizar a relevância da questão e ele próprio suscitar o incidente de recursos repetitivos, quando apreciar o primeiro recurso de revista que a veicular.

A regulamentação do dispositivo ocorreu por meio da Resolução n. 235, de 13.7.2016, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência, no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, cujos dados começarão a ser alimentados a partir de 1º.9.2016 (art. 13, § 1º).

A referida norma define os tribunais gestores dos incidentes de formação de precedentes, de acordo com as respectivas competências, e lhes atribui a responsabilidade pela criação dos temas e divulgação das informações a eles pertinentes, além de criar, no âmbito do CNJ, o banco nacional de dados com informações da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência do STF, do STJ, do TST, do TSE, do STM, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 5º).

As informações serão padronizadas segundo regras definidas pelo CNJ, com destaque para a criação do Número Único dos Temas (NUT) e do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP).

De acordo com o § 4º do art. 5º da Resolução mencionada, o primeiro, NUT, segue a regra geral da composição da numeração única de processos descrita nos §§ 4º e 5º do art. 1º da Resolução n. 65/2008 do CNJ, “além de um

número sequencial único gerado por ordem cronológica de cadastro, que será vinculado à descrição do tema, enviada pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal”.

O segundo, o NUGEP, é organizado segundo as regras traçadas no art. 6º da mesma Resolução n. 235/2016, cujas atribuições são definidas no art. 7º.

Além disso, a divulgação dos incidentes instaurados e das teses fixadas pelos tribunais obedecerá padrões uniformes definidos no mesmo ato e os tribunais deverão criar “grupos de representativos” — GR, os quais conterão o conjunto de processos enviados ao STF, ao STJ ou ao TST, em observância ao procedimento previsto no § 1º do art. 1.036 do CPC, equivalente ao § 4º do art. 896-C da CLT.

e) Prazo para julgamento

A precedência para julgamento do IRDR e a fixação do prazo (um ano) são tratadas no art. 980 do CPC, superada, a primeira, apenas pelo *habeas corpus* no processo do trabalho, diante da inexistência da outra hipótese nela tratada (réu preso).

Findo o prazo sem que tenha sido julgado o incidente, os recursos ou processos que se encontravam sobrestados retornarão ao seu curso normal, embora se permita ao relator, mediante decisão fundamentada, prorrogar o prazo.

A dilação do termo final do prazo, embora possível, deve ser evitada ao máximo, considerando que podem estar paralisados centenas ou milhares de processos no âmbito da Região aguardando o desfecho pelo TRT. Ao invés de agilizar a tramitação, produz efeito inverso. Portanto, o relator deve justificar a decisão mediante a indicação dos motivos que o levaram a descumprir o limite fixado pelo legislador para definição da tese jurídica prevalecente.

Não se menciona novo limite, mas, por coerência lógica, deve ser de, no máximo, um ano.

4. PROCEDIMENTO

a) Juízo de admissibilidade

O art. 981 do CPC trata da competência para verificação da presença dos pressupostos do incidente, de modo especial, dos pressupostos intrínsecos mencionados no artigo 976 do CPC, ou seja, efetiva repetição de processos que contenham a questão jurídica controvertida e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

É o ato inicial necessário para que se constate a viabilidade do processamento do incidente, requerido na forma prevista no citado artigo 977. Caso o rejeite, determinará o retorno dos autos à Turma na qual foi suscitado para julgamento do recurso ou à primeira instância.

Se constatar que não se encontram presentes, o relator, de pronto, poderá indeferir o processamento, decisão que comportará impugnação por meio de agravo interno (art. 1.021 do CPC).

b) Providências preliminares

Uma vez admitido o incidente, diversas providências preliminares deverão ser adotadas pelo relator (art. 982 do CPC). Trata-se de regra impositiva e não de mera faculdade, semelhante ao despacho saneador, destinada a evitar o prosseguimento dos feitos em que a questão jurídica esteja sendo debatida, como também reunir informações necessárias ao aparelhamento do incidente.

Assim, deverá ele:

a) determinar o sobrestamento de todos os processos que, na região, tenham como objeto a mesma questão jurídica definida na decisão que admitiu o incidente, medida que se destina a evitar que os magistrados continuem produzindo decisões que mais ainda alimentarão o debate em torno do tema e causarão insegurança jurídica às partes às quais se dirige;

b) requisitar, se necessário, informações aos órgãos nos quais haja processos cujo objeto se assemelhe àquele discutido no incidente, que deverão prestá-las em quinze dias. O objetivo é subsidiar o relator, de maneira mais ampla possível, de todos os aspectos fático-jurídicos que fundamentam a demanda e, com isso, construir decisão que tenha igual alcance, na linha da formação de precedentes judiciais;

c) intimar, pessoalmente, o Ministério Público do Trabalho para, querendo, manifestar-se, também em quinze dias, o que deve ocorrer ao final da instrução;

d) comunicar aos juízes diretores dos fóruns de cada localidade onde haja Vara do Trabalho. Embora não mencione o motivo, essa comunicação certamente se destina a permitir que, caso sejam ajuizados novos processos com a mesma questão jurídica afetada, deva ser informado ao relator para, de igual modo, determinar a sua paralisação.

Nada impede — aliás, é recomendável para evitar maiores prejuízos — o próprio juiz, diante do ajuizamento de novos processos que versem sobre a mesma questão jurídica, determinar, de imediato, a suspensão e informar ao relator para que tenha conhecimento.

Caso haja tutela de urgência a ser decidida, o pedido deverá ser encaminhado a cada um dos juízes onde tramitam os processos sobrestados.

Não se transfere a competência para apreciação para o relator. Veja-se que a regra menciona “o pedido [...] deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.”

Medida excepcional é autorizada no § 3º, por meio do qual as partes, o Ministério Público do Trabalho e a Defensoria Pública poderão enviar ao TST (tribunal competente para conhecer do recurso de revista que, na regra em foco, se equipara ao recurso especial) pedido para que todos os processos individuais ou coletivos em tramitação no território nacional que versem sobre a mesma questão jurídica objeto do incidente sejam sobrestados (suspensos, na dicção legal).

Essa providência igualmente é prevista no § 4º do art. 1.029 do CPC, ao disciplinar o procedimento dos recursos extraordinário e especial.

Em virtude de grave efeito que pode ocasionar, com a paralisação de até centenas de milhares de processos, somente deve ser deferida em situações excepcionalíssimas, mas pode ser extremamente útil, especialmente nos casos de empresas com quadro de pessoal organizado em carreira de âmbito nacional ou normas coletivas de alcance nacional que estejam ensejando interpretações díspares entre os tribunais.

Vale ressaltar, ainda quanto ao disposto no § 3º, que o sobrestamento diz respeito ao tema objeto do incidente. Nada impede, por conseguinte, que o juiz promova a formação de autos suplementares quanto às demais pretensões contidas no processo, prossiga a instrução e posteriormente prolate a sentença, diante da autorização contida no art. 355 do CPC para o julgamento parcial de mérito.

Outro efeito negativo que pode produzir é impedir que o debate sobre a questão não amadureça o suficiente para permitir a diversidade de teses. Muitas vezes a inquestionável verdade inicial se transforma em entendimento superado pelas decisões conflitantes proferidas por juízes de diferentes regiões do País; o debate é sempre salutar, especialmente quando seja oriundo de decisões proferidas pelos diferentes Tribunais, com o olhar diversificado de seus magistrados.

De qualquer modo, pode ser, como dito, útil e até necessário no novo cenário jurídico e jurisdicional em que a segurança jurídica, a proteção da confiança e a garantia da isonomia de tratamento de todos perante a decisão judicial constituem a sua base valorativa encampada pelo legislador.

c) Instrução do incidente

O objetivo do art. 983 do CPC é fornecer ao relator meios capazes de permitir coletar a maior quantidade de informações em torno da questão jurídica objeto do incidente. Assim, poderá ele ouvir as partes e demais interessados, admitir o ingresso na lide do *amicus curiae* (pessoas, órgãos e

entidades com interesse na controvérsia —ver comentário sobre tal figura jurídica) e determinar a realização de audiências públicas (§ 1º).

A autorização para ingresso dos “amigos da corte” é prevista de modo genérico no art. 138 do CPC e a sua contribuição pode ser muito importante para fornecer ao tribunal elementos que podem não estar presentes nas argumentações das partes ou nos elementos probatórios contidos no processo. Não deve atuar na defesa de interesse de qualquer dos litigantes, mas em colaboração para a edição da norma jurídica mais qualificada, em termos de conteúdo e alcance.

Todos poderão requerer a juntada de documentos e diligências necessárias ao esclarecimento da questão jurídica e deverão fazê-lo, diz a lei, no prazo comum de quinze dias. É claro que, para tanto, deverão ser intimadas para a produção da prova mencionada.

Concluída a instrução, o relator solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento, após a manifestação do MPT.

O procedimento, como visto, é bastante semelhante ao adotado no incidente de julgamento de recursos repetitivos.

5. JULGAMENTO E EFEITOS

A ordem dos trabalhos no julgamento é disciplinada, com detalhes, no art. 984 e os efeitos no art. 985, ambos do CPC.

Principia-se com a exposição, pelo relator, da questão jurídica. Deve fazê-lo de forma minuciosa, para que os demais membros do colegiado tenham a exata noção de todas as variáveis nela postas e das implicações produzidas pelo julgamento.

Na sequência, haverá a oportunidade para sustentação oral na seguinte ordem: autor e réu do processo originário e representante do Ministério Público do Trabalho, cada um pelo prazo de trinta minutos.

O mesmo prazo, desta vez de forma conjunta, é assegurado para a sustentação dos demais interessados, desde que o requeiram com dois dias de antecedência. O requerimento prévio não é novidade; é comum constar dos regimentos internos e geralmente é feito pela internet. Nova é a regra inserida em lei e, como se definiu o prazo, entendo que é preclusivo e, se desatendido, o interessado não mais poderá fazê-lo, já que o seu ingresso na lide tem apenas o objetivo de fornecer informações a respeito do conteúdo e alcance da questão jurídica controvertida. Observe-se que a lei menciona a expressão “exigida a inscrição com dois dias de antecedência”, o que revela o caráter impositivo da observância do prazo.

Se forem muitos — e ficará a critério do presidente da sessão avaliar —, o prazo poderá ser ampliado (§ 1º) e, conquanto nada se mencione, de

forma prudente pelo período que julgar adequado aos esclarecimentos ao órgão julgador.

Uma vez julgado, o conteúdo do acórdão deve ser o mais abrangente possível, quanto às teses discutidas, argumentos contrários e favoráveis (§ 2º), para que se possa aquilatar a *ratio decidendi*, diante do seu caráter de observância compulsória no âmbito de alcance da decisão (regional ou nacional, conforme o caso). Quanto mais ampla for a decisão e mais detalhados forem os aspectos fático-jurídicos que nortearam a questão jurídica, melhor será para todos aqueles a quem se destina.

Não se deve esquecer que o precedente é norma jurídica expressa em texto e, por isso mesmo — tal como ocorre com qualquer diploma normativo — é sujeito a interpretação, a qual deve ser facilitada.

A grande mudança da legislação reside no procedimento referente ao julgamento e nos efeitos que produz, tema objeto do dispositivo em análise. A tese definida será aplicada nos recursos objeto do incidente, nos demais recursos sobrestados e nas causas em tramitação na primeira instância. Não há espaço para debates quanto ao acerto da tese ou possibilidade de não ser adotada, seja no âmbito do próprio tribunal (eficácia horizontal), seja nas demais instâncias (eficácia vertical). O legislador vale-se de expressão de conteúdo imperativo: “a tese jurídica será aplicada” (não menciona, por exemplo, “poderá ser aplicada”).

Essa é das maiores inovações do Código e representa, com todo vigor, a adoção no âmbito dos TRTs e do próprio TST, das mesmas premissas que orientam o julgamento dos recursos repetitivos pelo TST: a força obrigatória do precedente judicial, respaldada nos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e tratamento isonômico entre pessoas que se encontrem na mesma situação frente à lei.

Os processos que vierem a ser ajuizados estarão vinculados à mesma tese e podem ser decididos, quanto a esse aspecto, pelos juízes, ressalvada a possibilidade de superação (*overruling* ou, na referência contida no inciso II, “revisão na forma do art. 986”), para cuja compreensão remete-se ao comentário específico.

Convém ponderar que a revisão do posicionamento cabe ao Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, do Ministério Público do Trabalho ou Defensoria Pública. Ao magistrado de primeiro grau caberá decidir em consonância com a jurisprudência firmada em torno da questão jurídica.

É evidente que, também aqui, se permite a adoção da técnica do *distinguishing*; caberá à parte demonstrar ao magistrado, fundamentadamente, a possibilidade de não aplicação do precedente em virtude de o caso que se encontra sob sua apreciação conter elementos de distinção que o afastam dos elementos fático e jurídicos que ensejaram a construção do precedente.

Não pode o magistrado simplesmente deixar de aplicar a tese porque

com ela não concorda ou algo semelhante; trata-se, sim, de afirmar – e fundamentar, friso mais uma vez – que o caso é distinto, diverso, diferente, portanto, daqueles que permitiram fosse gerado o precedente e, por isso, não estará a ele vinculado.

A força vinculante da decisão dos TRTs passa a ser dotada de um eficaz instrumento auxiliar, previsto no § 1º: a reclamação. Originada da jurisprudência do STF e posteriormente incorporada ao texto constitucional (artigo 102, I, “i”), a denominada “reclamação constitucional”, agora também contemplada na lei ordinária, destina-se a preservar a competência do Tribunal e garantir a autoridade de suas decisões.

A regulamentação no STF ocorreu por meio da Lei nº 8.038/1990 (artigos 13 a 18) – revogada pelo CPC (art. 1.072, IV) e, em linhas gerais, foi transportada e ampliada no CPC. Dentre os seus aspectos positivos, encontra-se a possibilidade de imediata suspensão do processo ou do ato impugnado e o imediato cumprimento da decisão, independentemente da lavratura do acórdão que a materializa.

A regra prevista no § 2º, em princípio, é de difícil aplicação na Justiça do Trabalho, que não resolve questões pertinentes à concessão, permissão ou autorização de serviços, muito embora possa envolver discussões em torno da validade de terceirização de serviços. Cabível, em termos de competência a demanda, e fixada a tese, competirá ao Tribunal comunicar aos órgãos e empresas envolvidas o resultado do julgamento.

6 . REVISÃO DA TESE JURÍDICA

A possibilidade de o Tribunal rever a tese jurídica é prevista no art. 986 do CPC, provocado que tenha sido pelas partes, pelo Ministério Público do Trabalho ou Defensoria Pública, além de também poder fazê-lo de ofício.

O ineditismo da Lei n. 13.015/2014, que antecipou institutos do CPC, também é constatado na autorização para superação do precedente, técnicas conhecidas como *overruling* e *overriding*, previstas no § 17 do art. 896-C:

Mais uma vez, o recurso à doutrina abalizada permite identificá-las e diferenciá-las.⁵ A primeira, o *overruling*, se caracteriza quando o próprio tribunal que firmou o precedente ou tribunal superior decide pela perda de sua força vinculante, por haver sido substituído (*overruled*) por outro.

É imprescindível, no sistema de precedentes judiciais obrigatórios, para garantir o desenvolvimento do direito, implementar as mudanças necessárias e essenciais à jurisprudência solidificada em decorrência de alterações legislativas ou mesmo mutações sociais que a torne incompatível com a realidade, ultrapassada mesmo.

5 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2, p. 409-411.

Luiz Guilherme Marinoni,⁶ ao analisar essas mudanças, afirma, com base na doutrina de Melvin Eisenberg, que “um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade — basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta — não justificam a sua preservação”.

Continua, ao explicar os fundamentos autorizadores da superação, que a primeira hipótese existe quando o precedente “passa a negar proposições morais, políticas e de experiência”: as primeiras “determinam uma conduta como certa ou errada, a partir do consenso geral da comunidade; as segundas, “caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral”; as últimas “dizem respeito ao modo como o mundo funciona” e a maior parte delas descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.

Diz, quanto ao segundo pressuposto, que “o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões”.⁷

Assemelha-se à revogação de uma lei por outra e pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*), quando resolve, expressamente, adotar uma nova orientação e abandonar a anterior, ou tácita (*implied overruling*), quando essa nova orientação é adotada em confronto com a anterior, embora sem que o faça de modo expreso.

Em ambos os casos, exige-se uma carga de motivação maior, que contenha argumentos até então não suscitados e justificação complementar capaz de incentivar o Tribunal a modificar a tese jurídica — *ratio decidendi*, razão de decidir ou fundamento determinante —, o que, convenha-se, não deve ocorrer com frequência, em virtude da necessidade de preservação da segurança jurídica.

A natureza da motivação foi identificada objetivamente no citado § 17 do art. 896-C da CLT, que pode ser invocado de modo analógico: “alteração da situação econômica, social ou jurídica”, mas há que se exigir elemento qualitativo que justifique a mudança; não é, portanto, o simples desejo do Tribunal ou mesmo a alteração em sua composição que a legitimará: deve ser significativa e, ainda assim, preservada a segurança jurídica.

É mais um exemplo de norma que insere, no seu texto, conceitos jurídicos indeterminados, cuja densificação ficará a cargo do Poder Judiciário, especialmente no que toca à relevância.

Possível do ponto de vista teórico, a substituição com eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*) — mudança retroativa, portanto —, não é admitida,

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 251.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 252.

por dicção da própria Lei, quando atinja as relações jurídicas firmadas a partir da tese encampada anteriormente.

A segunda, o *overriding*, também pode ser identificada na norma da CLT. É a técnica de superação que se diferencia da anterior por ser de menor alcance. Neste caso, o tribunal apenas limita o âmbito de incidência do precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Não há superação total, mas parcial do precedente, semelhante ao que ocorre com a revisão das súmulas vinculantes.⁸

Mais um alerta se faz necessário, aplicável às duas hipóteses mencionadas:

Cabe reiterar aqui que a superação somente pode ser feita pelo Tribunal Superior do Trabalho; os demais tribunais e juízes não podem superar entendimento de órgão superior na hierarquia judiciária — havendo dissenso, ele deve ser consignado na fundamentação, apontando as respectivas razões. Além disso, o TST precisa fazer a superação de acordo com os parâmetros argumentativos-procedimentais já enumerados, respeitando os seguintes aspectos: 1) o substancial, o tribunal precisa demonstrar que a *ratio decidendi* em voga causa injustiças ou é inadequada, e que determinado princípio determina sua mudança por uma norma que demonstre ser mais adequada ou justa para a situação; 2) o formal, o tribunal precisa demonstrar que as razões substanciais para a mudança superam as razões formais para a continuidade, isto é, que é mais importante a prevalência do princípio material do que a segurança jurídica fornecida pela continuidade da tese; 3) o da segurança na mudança, aspecto final, que consiste na proteção da confiança legítima, ou seja, depois de o tribunal posicionar-se pela necessidade de mudança, deve passar a se preocupar com a proteção dos jurisdicionados que atuaram com expectativa legítima na aplicação dos precedentes, seja determinando um regime de transição ou aplicando o chamado *prospective overruling*, fazendo a nova tese incidir apenas sobre relações jurídicas que se deem a partir de certo momento.⁹

De maneira didática, Lucas Buril de Macedo destaca alguns aspectos

8 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2, p. 409-411.

9 DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 21, n. 1, p. 159, 1947.

importantes em relação à superação¹⁰:

a) superar significa retirar o precedente do ordenamento jurídico como direito vigente e colocar outro em seu lugar;

b) pode ocorrer com a exclusão do precedente em si ou a eliminação de sua *ratio decidendi*;

c) pode ocorrer de duas formas: pelo próprio Judiciário, ao proferir nova decisão que supere a anterior, com fundamentos distintos, ou pelo legislador, ao dispor de modo contrário ou promulgando lei que repita a norma contida no precedente do Judiciário, passando a ser o novo referencial normativo;

d) deve observar o paralelismo entre a formação e a modificação ou extinção da norma, observando-se, por conseguinte, o procedimento específico;

e) somente pode ocorrer por outro órgão se se tratar de tribunal superior.

Novidade também é a adoção da técnica da modulação dos efeitos da decisão, prevista no § 3º do art. 927 do CPC e também no § 17 do art. 896-C da CLT (embora destinado aos incidente de recursos de revista repetitivos, também tem lugar no IRDR). O sistema recursal trabalhista passa a contar com regra de mitigação dos efeitos temporais da decisão para fixá-los para momento posterior e, com isso, preservar as situações jurídicas consolidadas ao tempo da tese jurídica anteriormente consagrada pelo TST.

Esse importante instrumento de política judiciária, para uns, ou de controle de constitucionalidade, para outros, é destacado por Eduardo Talamini:

A possibilidade de excepcionalmente restringir os efeitos retroativos ou mesmo atribuir apenas efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade — ao contrário do que possa parecer — confere maior operacionalidade ao sistema de controle abstrato. A regra da retroatividade absoluta e sem exceções acaba fazendo com que o tribunal constitucional, naquelas situações de conflito entre os valores acima mencionados, muitas vezes simplesmente deixe de declarar a inconstitucionalidade da norma, para assim evitar gravíssimas consequências que adviriam da eficácia *ex tunc* dessa declaração.¹¹

10 MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 484-487.

11 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 439.

7. IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO - RECURSO CABÍVEL

A transposição da regra contida no art. 987 do CPC para o processo do trabalho assegura o cabimento do recurso ordinário da decisão do TRT que julgou o mérito do incidente. Não se admite, de logo, recurso extraordinário, em face da competência do TST para examinar matéria constitucional, inexistente no âmbito do STJ.

Evidente que, provido o recurso pelo STF, o efeito substitutivo da decisão por ele proferida gerará a substituição da tese jurídica por aquela que, por ele, vier a ser adotada, em todo o território nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Cláudio. Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei n. 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números – 2014*. Disponível em: < ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 30 Mai. 2015.

CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In.: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de direito processual do trabalho*. 2a ed. São Paulo: LTr, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Didier Jr., Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. In.: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (org.). *Repercussões do novo cpc: processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; MACÊDO, Lucas Buril de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. V. 21, n. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. *Coletivização das ações individuais no âmbito da Justiça do Trabalho*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-out-03/reflexoes-trabalhistas-coletivizacao-aco-es-individuais-ambito-justica-trabalho>>. Acesso em: 30 Mar. 2015.

MINGATI, Vinícius Secafen. Reclamação (neo) constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUPINAMBÁ, Carolina. *A aplicação do CPC ao processo do trabalho*. In.: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (org.). *Repercussões do novo cpc: processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.

AS SETE CAMADAS DA CONSTITUIÇÃO NO TEMPO LÍQUIDO

*Francisco Meton Marques de Lima**

Resumo:

O presente artigo, após um panorama sobre os diversos conceitos de Constituição, indo do clássico ao mundo líquido, demonstra que a Carta Política, conquanto componha um texto normativo consistente e harmônico, produz normatividade variada conforme o extrato social aonde ela vai chegando. Assim, enquanto a cúpula política a lê como uma relação de poder, os ricos a demandam como um catálogo de direitos e garantias, os trabalhadores a recebem como um contrato social inadimplido, restando às classes sociais mais baixas a borra dos direitos, sem, no entanto, se olvidar que, assim como há os fatores reais do poder a guiar a eficácia da norma constitucional, deve ser considerada também a força normativa dos fatores sociais do poder.

Palavras-chave: Constituição. Camadas sociais. Efetividade fatiada. Mundo líquido.

Sumário: 1. Introdução. 2. As camadas sociais de que fala Gurvitch. 3. O que é a Constituição? 4. As sete camadas sociais e as sete leituras da Constituição de 1988. 4.1 A Constituição da cúpula dos Três Poderes 4.2 A Constituição do topo da pirâmide social 4.3 A Constituição dos trabalhadores 4.4 A Constituição da pequena burguesia 4.5 A Constituição dos pequenos parassubordinados 4.6 A Constituição dos miseráveis 4.7 A Constituição do Tempo Líquido. Referências bibliográficas.

1. UM MESMO TEXTO COM MUITAS LEITURAS?

A realidade
Sempre é mais ou menos
Do que nós queremos.
Só nós somos sempre
Iguais a nós próprios.

(Fernando Pessoa. *In: Odes a Ricardo Reis*)

* Prof. Titular da UFPI, Ex-Prof. Assistente da UFC, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC, Desembargador do TRT da 22ª Região, Escritor.

Damelane, catadora de material reciclável, engravidou e, já no sétimo mês, no ambiente do seu trabalho de rotina, ela sentiu uma fraqueza, o mundo girou, as contrações vieram repentinamente. Damelane encostou-se ao tronco de uma árvore onde costumava descansar ali mesmo no lixão e desmaiou. Retomou os sentidos uma hora depois, viu-se rodeada de cães e de sangue. Aturdida, desorientada, não sabia o que se passara, pois cães misturados com imundície era um painel muito normal na sua visão diária. Nesse ínterim, por ali passava Joana dos Cocos, que a socorreu e alardeou que sua colega havia parido e jogado o recém-nascido para os cachorros.

A polícia foi acionada e velozmente chegou ao local, efetuando energicamente a prisão em flagrante da desventurada. Sim, porque para os humildes a presença oficial mais imediata é a polícia repressiva. A assistência social e à saúde é tardia e escassa e a educação nem existe. A desventurada foi posta no camburão ainda sangrando e fora da consciência. Não entendia nada do que estava se passando. Também não estranhava muito, porque lhe parecia achar normal a desgraça no desgraçado.

Interrogada, nem respondia e a declaração já estava diligentemente registrada. Confissão evidente. Infanticídio. Concluído o inquérito policial rapidamente. O caso foi solucionado no âmbito policial e encaminhado para o Ministério Público. Sem dúvida do ato antijurídico, da materialidade do crime e da autoria, a representação criminal foi automática, formatada por um diligente estagiário. Até aqui, a miserável não fora sequer ouvida de verdade. O juiz também não teve dificuldade de pronunciá-la. Um defensor apenas formalmente havia assinado os atos de sua defesa.

Enfim, depois de dois anos, aparece uma jovem magrinha, tez clara, cabelos cacheados, trajando uma calça jeans e camiseta estampada, com um tablet. Identifica-se e solicita que tragam a acusada à sua presença.

— Bom dia, Damelane, eu sou a Sabrina, sua advogada.

— A senhora? Eu não tenho advogado. Sou uma pobre que já nasceu condenada. Quem haveria de pagar advogado para mim?

— O Estado. Eu sou defensora pública. Sou paga para defender os pobres na justiça.

— Doutora, seja bem vinda. Foi um anjo que a mandou. Até hoje, dois anos aqui dentro, não sei o que se passou nem sei o que fiz de mal. Mas me explique, como é essa lei que o governo fez: pagou o delegado para me prender, pagou o promotor para me acusar, pagou o juiz que vai me julgar e agora pagou a senhora para vir me defender? Não bastava só a lei e o delegado? Não é a mesma lei? Para que o Estado pagar tanta gente para aplicar a mesma lei?

— Você tem certa razão. Mas é que ninguém pode ser julgado sem defesa. A Constituição garante a ampla defesa e o contraditório. A mesma lei suscita várias leituras e cada leitura produz um resultado diferente, de acordo com os fatos e as provas.

— Huum! — resmungou Damelane, franzindo a testa, sem entender nada – e cada um põe nessa balança dos direitos o peso que quer... ou que convém...

Esse diálogo foi longo. A empatia se estabeleceu entre a defensora e a prisioneira.

Sabrina, mesmo em início de carreira, percebeu o abismo cultural, social e econômico entre elas.

Qual, então, a Constituição de Sabrina e a de Damelane? Qual a do delegado, a do promotor de justiça e a do juiz?

Daí invocar-se a oração de Voltaire: “Mestre, vimos implorá-lo que nos diga porque foi formado um animal tão estranho quanto o homem.” (1994, p. 93).

Pois bem. A Constituição brasileira de 1988 é uma carta de princípios e um catálogo de valores – princípios voláteis, é certo, e valores ainda vaporosos, sem dúvida –, que se realiza em cascata, de acordo com os estratos sociais aonde ela vai chegando. Os princípios são normas cuja vocação é a realização em alto grau de generalidade; os valores, por sua vez, substancializam os princípios e têm por virtude a inexauribilidade e inexorabilidade, como uma cacimba d’água, que quanto mais dela se tira mais ela cria (ou revela).

2. AS CAMADAS SOCIAIS DE QUE FALA GURVITCH

Como a sociedade é estamentada, conquanto ancorada numa ordem de valores fundamentais, não se pode olvidar, viceja e pulula uma ordem própria de valores de cada estamento social, que orienta o viver e agir dos indivíduos desse grupo.

O jurista, antes de fazer a justificação interna do direito, precisa aprofundar seu conhecimento dos insumos sociológicos, filosóficos, psicológicos, dogmáticos, políticos, que, conquanto não componham a estrutura formal do direito, integram-lhe o conteúdo. Necessita embrenhar-se no interno mais profundo das camadas sociais, segundo o “método de inversão” de Bergson, assim descritas por Georges Gurvitch (*Sociologia Jurídica*, pp 68/73), ao levantar subsídios para definir a sociologia do espírito noético (ou do espírito humano):

a) na *superfície da realidade social* encontramos, exteriormente, coisas perceptíveis e indivíduos: as **bases geográficas e demográficas** – a superfície material da sociedade, como os edifícios, os meios de comunicação, os instrumentos, os gêneros alimentícios. Essa superfície torna-se social no momento em que se transfigura pela ação humana coletiva e é inoculada pelos símbolos, ideias e valores que lhe são atribuídos pelo espírito coletivo;

b) um pouco mais *abaixo da realidade social* deparamo-nos imediatamente com *organizações, superestruturas organizadas* – “**condutas coletivas, hierarquizadas**, centralizadas, segundo padrões rígidos e refletidos, estabelecidos exteriormente”, que exercitam coercitividade, que põem um abismo entre a realidade social formal e a vida social espontânea;

c) logo abaixo, encontramos o *nível de padrões* de espécies diferentes, de **imagens standardizadas, de condutas coletivas**, não necessariamente rígidos ou estabelecidos antecipadamente, podendo ser elásticos, flexíveis, sujeitos a modificações emanadas de ritos ou tradições, de práticas diárias, abrangendo modas em constante transformação, que, contudo, não afetam os padrões simbólicos-culturais, vinculados à região noética (valores espirituais e ideias);

d) sob esse universo de várias espécies de padrões, encontramos as **condutas coletivas desorganizadas**, tendentes a se tornarem práticas, competindo com os padrões ou até modificando-os, fato verificado particularmente quando os padrões culturais simbólicos cessam a capacidade de simbolização daquilo que são chamados a simbolizar;

e) sob a quinta camada, a mais central, impõem-se os **símbolos sociais**, responsáveis pelas organizações, condutas e padrões culturais coletivos. Os símbolos tomam lugar entre as simples aparências e as coisas em si e dependem de ambas, ao mesmo tempo em que revelam por combinação e combinam por revelação. São ao mesmo tempo produtos e produtores da realidade social. A linguagem é composta de símbolos, as bandeiras são símbolos de valores atribuídos a um grupo, o guarda-civil é um símbolo da ordem estabelecida, as normas do direito e o processo são símbolos dos valores jurídicos. Não se confundem com os padrões nem são necessariamente standardizados e generalizados;

f) em seguida, vêm os **comportamentos coletivos inovadores**, que quebram padrões e criam outros. Aqui se registra a **permanente luta entre a tradição e a revolução**. Essas condutas inovadoras, mais notórias nas situações de efervescência social, como guerra, revolução, perturbações religiosas, reformas etc., guardam dependência mínima dos símbolos, suprimindo uns e enfraquecendo ou modificando outros;

g) logo abaixo, depara-se com uma região de **valores e ideias coletivas** que, como motivos-motores, **inspiram a base espiritual dos símbolos**;

h) a mais profunda é a **camada sedimentar da realidade social**, ou do próprio espírito coletivo. “Aqui, os valores espirituais e as ideias, definidas em relação a épocas sociais e a estrutura, devem ser apreendidos, aprovados e experimentados – o que evidencia a existência de mentalidades coletivas que aspiram a esses valores e ideias, por meio dos quais se explicam e resistem”.

Decerto, as camadas sociais para efeito do fatiamento da eficácia da Constituição não corresponde exatamente ao escalonado acima, no entanto, o estudo de Gurvitch evidencia a normatividade dos fatos, sobre o que expõe Rabenhorst (2003). Com efeito, são estes que dão vida ao direito, porque o enunciado normativo é hígido, o movimento está nos fatos e respectiva valoração.

Lembrando Fustel de Coulanges, é a mão invisível da sociedade que vai escrevendo e modificando *ad infinitum* as regras de conduta, restando ao poder constituído ir codificando-as e interpretando-as. Pois se é certo que a norma inscreve-se entre os conceitos deontológicos, os quais abrigam um mandar, um permitir, ou proibir e o valor constitui um conceito axiológico, caracterizado pela ideia do *bom* e do *melhor*, antropologicamente ambos se fundem no momento em que o conteúdo do “poder”, do “dever”, do “proibido” é matizado pelo valor, segundo e na medida das circunstâncias, racionalmente perscrutadas. Até mesmo como corolário da liberdade, que desatou os grilhões que subjuguavam o homem na antiguidade aos seus arquétipos.

As demandas e respectivos tamanho e natureza, portanto, dependem da base axiológica do grupo social, que extrai das normas jurídicas o conteúdo conforme aos seus valores. Pois bem, cada camada social tem o tamanho da sua demanda e extrai da Constituição o substrato correspondente de sua base axiológica.

Numa alegoria, é como se o governador se instalasse por um dia numa pequena cidade do seu Estado para ouvir as demandas daquela comunidade, prometendo atendê-las. Logicamente, cada faixa social faria demandas de naturezas diferentes, umas viáveis, outras nem tanto e a maioria jamais.

3. O QUE É A CONSTITUIÇÃO?

A resposta acadêmica vem da pena de grandes luminares do Direito. LASSALLE (1995, p. 29) definiu a Constituição segundo os fatores reais do poder (monarquia, aristocracia, grande burguesia, pequena burguesia e classe operária).

Assim, a Constituição de papel só teria eficácia até onde se alinhasse aos fatores reais do poder. Dissociada desses fatores, não passaria de uma folha de papel.

KELSEN põe a Constituição no topo de pirâmide normativa, a norma superior do ordenamento jurídico, pendurada na norma hipotética fundamental, que, embora não assumido pelo ilustre jusfilósofo, nada mais é do que o baldrame axiológico, a média dos valores de todos os estamentos sociais.

HESSE (1991, p. 15), um século depois de Lassalle, propala a força normativa da Constituição. No entanto, pondera que a norma da Constituição não pode ser reduzida aos fatores reais do poder nem tampouco pode ignorá-los se quiser ter eficácia.

A pretensão de eficácia da norma jurídica somente Serpa realizada se levar em conta essas condições. Há de ser igualmente contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as condições sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

SCHMIDT (1992) comenta a Constituição como a norma que condensa a decisão de um povo. Confunde-a com o poder político, com a decisão de caráter político.

SMEND (1985) teoriza a Constituição como uma carta de valores a promover a integração nacional. Concebe-a como uma unidade de sentido, decorrente de um conjunto de fatores integrativos, porém com diferentes graus de legitimidade, cuja interpretação é inseparável da ordem de valores. Sua doutrina é adotada, em certa medida, pela Corte Constitucional Alemã, que segue a teoria concreta dos valores de Nicolai Hartmann e Max Scheler, ironizada por Jürgen Habermas como “ditadura de valores”

CANOTILHO escreveu a Constituição Dirigente (1994). Em outra obra, considera-a uma Carta de Princípios estruturantes e outros princípios (1992).

WOLFE (1991, p. 456) anota que na era moderna a Constituição se converteu em uma série de presunções baseadas em princípios gerais supostamente vagos, tais como o devido processo legal, a igual proteção, a liberdade de expressão, a livre circulação do comércio etc.

Sin embargo, estas presunciones non son absolutas y requieren cierto tipo de amplio processo de “equilibrio” para determinar se los principios contrapuestos de los que se trata em El caso sobrecargan los principios presuntivos.

MENDES, COELHO E BRANCO (2008, p. 6) desfiam um conjunto de doutrinas sobre a Carta Política: a Constituição como garantia do *status quo* econômico e social, de Forsthoff; como instrumento de governo, de Hennis; como processo público, de Häberle; como ordem fundamental e programa de ação, de Bäulin; como programa de integração e representação nacionais, de Krüger; como legitimação do poder soberano, segundo a ideia de direito de Burdeau.

Especificamente sobre a Constituição brasileira de 1988, Marcelo Neves a denomina de Constituição Simbólica (1994), definida pelo autor como um conjunto de símbolos com pretensão de normatividade.

MOREIRA a considera como Simulacro (1997, xiii), assim entendida porque mais simula uma novidade do que de fato a representa. Segundo o autor, a Constituição de 1988 tem elevado conteúdo retórico, tendo na verdade consolidado tudo de antigo, segundo três enfoques que ele ressalta: a) quanto à gênese do Estado; b) quanto à secularidade; e c) quanto à legitimidade pelo exercício de suas funções. Muito oportuno o seguinte excerto, que parece estar cada vez mais em evidência na (pseudo)República que vem se instalando nos últimos anos:

O segundo diz respeito à pretensa secularidade. Parece forçoso admitir que o Estado carrega marcas indelévels dos preceitos religiosos, e essas marcas se revelam na fixação de áreas indisponíveis no ordenamento jurídico, mais especificamente nas constituições, caracterizadas por sua suposta irrevogabilidade.

CLÈVE (2006, p. 35) comenta uma *dogmática constitucional emancipatória*, também chamada de *dogmática constitucional da efetividade*, ou *dogmática constitucional transformadora*, vinda à luz com a Constituição de 1988, em que todo ato normativo tem que passar pelo filtro da Constitucionalidade:

Tratava-se de apostar nas virtualidades dirigentes do novo texto e de irrigar a ordem jurídica com os valores plasmados no documento constitucional. Para isso, importava reler todo o direito à luz da principiologia da Constituição, através do

processo conhecido como filtragem constitucional. Trata-se, portanto, de uma doutrina amiga da Constituição, enfim, de uma doutrina constitucional amorosa, vinculada até a medula à ideia de normatividade integral da lei fundamental.

STRECK (2007, p. 386) filosofa sobre o sentido contemporâneo da Constituição para concluir pela sobreposição do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria:

O que significa entender a Constituição como um remédio contra maiorias, o que, conseqüentemente, implica discutir a legitimidade política da previsão nos textos constitucionais de regras contramajoritárias.

BARROSO (2009, p. 95) historia toda a sedimentação do caráter normativo das normas constitucionais para anotar que:

O direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição se transforma no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.

Millôr Fernandes (2009, 118), na sua fina ironia, define a Constituição como “a Carta Magna, a lei mais sagrada do país – soberana, inviolável e incompreensível”.

Para muitos é uma carta de ilusões e operada por ilusionistas, que, hábil prestidigitadores das leis, a torcem, retorcem e extorsem para adequá-la a todas as conveniências.

Por isso, eu prefiro dizer que a Constituição brasileira de 1988 é tudo isso e muito mais. É uma Carta dos Sonhos (1995), um documento onírico, um catálogo de valores e de promessas que ainda se encontra em estado gasoso, longe da sua condensação. Aos fatores reais do poder de que fala Lassalle, acrescento os fatores sociais do poder. Daí, a leitura da Constituição não dever dissociar-se dos fatores reais e dos fatores sociais do poder.

4. AS SETE CAMADAS SOCIAIS E AS SETE LEITURAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O aspecto da sociedade brasileira é uma singular fisionomia de decrepitude e infantilidade.

E a falta de homogeneidade será talvez a maior causa desse desequilíbrio, dessa instabilidade.

(Graça Aranha. *In*: Canaã)

A Constituição Federal é um documento político elaborado para todos os tempos, enquanto a Carta durar, para todos os governos e para todos os cidadãos. Cumpre registrar que, pelo menos a do Brasil não se pode creditar o título de contrato social, mas de corrupção social, assim entendida como o consenso inconsciente, comprado e manipulado. Daí, conquanto seu texto seja hirto e único, diversas são as normas que sobressaem de cada um dos seus enunciados, de acordo com a camada social em que será aplicada. Ou seja, a Constituição se realiza por camadas sociais.

Poder-se ia dividir a sociedade em duas camadas, classe alta e classe baixa; em três, alta, média e baixa; ou em dez... No entanto, preferimos expressar a vontade social por meio de sete classes sociais.

4.1 A Constituição da cúpula dos Três Poderes

Para a cúpula política, econômica e burocrática, a Constituição é uma relação de poder. Os indivíduos dessa faixa social não se preocupam com necessidades materiais básicas da sobrevivência. Eles só leem a Constituição na dimensão do poder que ela lhes possibilita. Que poder eu tenho? Qual o poder do meu adversário? Como potencializar o meu poder? Como neutralizar o poder dos outros? Em consequência, tais indivíduos extraem como direito seus privilégios, as grandes isenções fiscais, os megaperdões de dívidas fiscais ou os parcelamentos sem fim de tais dívidas. Na dinâmica dessa arena, tudo é realizável e instável. Nesse espaço se disputam competências e atribuições, bem como se disputa a transferência de responsabilidades. Tudo ancorado na Constituição. Segurando-se uns aos outros com as mãos e chutando-se com os pés.

Aqui, a Constituição não representa o contrato social de que fala Rousseau, mas um pacto de poder, que assegura o poder dos grupos encastelados enquanto conveniente à convivência da cúpula da política e da economia.

4.2 A Constituição do topo da pirâmide social

Para os cultos e os ricos, a Constituição Federal é um documento de Primeiro Mundo, plena de garantismo e de eficácia quase total. Isso porque ela é uma carta de valores, vai se revelando na proporção da demanda, inexaurivelmente. Dela eles extraem o mais fino sumo da sua normatividade, pela maior proximidade entre os campos axiológicos da Constituição e dessa faixa social. Propriedade, entendida também como apropriação do que puder; liberdade em todos os seus sentidos, de pensamento, de religião, de locomoção; segurança; educação máxima, com o patrocínio das instituições de ensino superior públicas; as melhores ocupações; as melhores aposentadorias; as melhores residências em bairros bem cuidados. Amplo acesso à Justiça, às liminares, às tutelas de urgência. Nas mãos dos *experts* da alta advocacia, essa Carta faz prodígios para essa faixa social. Baixa é a tensão entre as pretensões e a faticidade.

No entanto, mesmo com acesso a muitos bens e direitos, essa faixa se ressentida da falta de participação nas decisões estatais, pois, com efeito, as grandes decisões que lhes afetam o cotidiano são adotadas por órgãos não democráticos, como Conselho Monetário Nacional, Comissão de Valores Mobiliários, Conselho Curador do FGTS, agências reguladoras etc. E, com isso, a Constituição escrita, em boa parte, escorrega-lhes das mãos. Boa porção dela não vai funcionar segundo as demandas dessa faixa.

Também aqui a Constituição não representa o contrato social, mas um pacto de elite, visto que o grande contingente da população não terá participado conscientemente do processo de sua elaboração e de sua mutação, nem usufrui de suas potencialidades de realização.

4.3 A Constituição dos trabalhadores

Para os trabalhadores, a Constituição é a garantia de emprego, salário e estabilidade, seguro-desemprego; moradia, transporte, seguro social, assistência à saúde e à educação básicas. Portanto, os obreiros esperam muito da Carta Política, nada porém relacionado ao poder ou à forma de obtê-lo, à forma de Estado ou de Governo etc. Todavia, essa Constituição obreira, mesmo representando o básico para se viver, encontra muitos adversários poderosos, de modo que suas normas vão operando num mar de tensões entre as pretensões e sua realizabilidade. Então, a Constituição sonhada e diuturnamente invocada revela-se de frágil normatividade. E vai se distanciando da realidade esse povo, tornando-se cada vez mais utópica. O emprego sumindo, a estabilidade sonhada, a saúde sem menos nem mais médico nem remédios, a moradia caindo, a aposentadoria às vésperas da morte.

Mais uma vez, o contrato social não se materializou na Constituição, visto que essa faixa da sociedade se sente traída na hora da interpretação e efetivação dos direitos proclamados em letras garrafais. Na mesma proporção que se aproxima do contrato social no seu aspecto formal, se distancia na sua aplicação. É um contrato fraudado, cheio de obrigações inadimplidas. O caule da árvore dos direitos sociais começa a ser carcomido por parasitas ferosos e famintos, representados pela sanha neoliberal, que vem patrocinando verdadeira mutação constitucional *in pejus*, destruindo o paradigma constitucional social.

Nessa faixa a tensão constitucional se evidencia em elevada temperatura, movimentos, greves e ameaças de rupturas institucionais. Aliás, é nessa faixa que se fermenta todo o processo de rupturas institucionais.

4.4 A Constituição da pequena burguesia

A pequena burguesia, assim entendida a classe dos pequenos empreendedores, pessoas de saber médio, porém influentes em seu grupo social, artesãos, artistas de menos expressão. Para esse estamento social, a Constituição é uma promessa descumprida, um documento cheio de contradições, que só serve aos poderosos. Contudo, dela tais indivíduos esperam previdência, proteção e segurança policial, isenções tributárias, pouca fiscalização de suas atividades e aposentadoria cedo. O Estado para essa gente é um trambolho, que só existe para perseguir os que trabalham. Tanta fiscalização e pouca ação. Essa faixa tem carro velho, paga colégios simples e planos de saúde baratos, acompanha os noticiários e as redes sociais. Deve ser a faixa para quem o Estado menos serve. Segurança Pública, probidade administrativa e tolerância fiscal é a sua Constituição. No entanto, tem que trabalhar detrás de grades de ferro, fazer transporte clandestino de pessoas, pagar propina para montar seu barraco de venda.

Outra vez a piada do contrato social se dilui nas calendas. E o pacto social se põe a serviço do não-social.

4.5 A Constituição dos pequenos parassubordinados

Os pequenos autônomos, parassubordinados, trabalhadores sem vínculo de emprego, camelô, ambulante, olhador de carro, passeador de cachorro, limpador de piscina, guardador de fila etc. a Constituição é a escola pública, a assistência à saúde, comida barata, moradia, a aposentadoria pela LOAS, flexibilidade policial e muito lazer patrocinado pelo Estado.

Esses, conquanto absolutamente informais e ausentes dos registros econômicos do Estado, se sentem integrados à atividade econômica, exercem alguma atividade remunerada que lhe garante o sustento.

A propriedade imóvel nessa faixa social é legitimada sem escrituras nem registro em cartório. As ocupações são coordenadas por um líder, que se encarrega de documentar as posses dos lotes. O proprietário aparecerá e terá o aparato do Estado para tanger os “invasores”. Na verdade, não são invasores, pois não expulsaram ninguém do terreno. São ocupantes do imóvel desocupado, que não cumpre nenhuma função social. Advogados, justiça liminares (interessante, contra posses velhas!), polícia, imprensa. E o terreno, agora desocupado, vai ser murado e ficar para “deleite do seu dono”, sem utilidade alguma. Contudo, eles não desistem de procurar imóvel abandonado. De tantas tentativas, vez por outra dá certo.

Sim, cumpre registrar que as ocupações são feitas por gente muito humilde, mas que tem certa noção de organização social e de direitos.

Todavia, essa classe também vê a sonhada Constituição sendo substituídas pelo salve-se-quem-puder. É uma luta em campo aberto de todos contra todos. A presença do Estado fica cada vez mais reduzida a alguma viatura policial. E aquela linda declaração de direitos se restringe ao papel, há anos-luz desse micro fator real de poder.

4.6 A Constituição dos miseráveis

Para os miseráveis, aqueles que vivem abaixo da linha de pobreza, sobra a borra dos direitos. Os miseráveis são passivos, aguardam a providência divina e das autoridades. Essa gente vive em condições subumanas, como catadores de lixo, moradores de rua, crianças em situação de perigo, idosos desamparados, jovens sem um gancho certo de sobrevivência. Para essa faixa social a Constituição se resume em dois verbos: comer e morar. Essa classe social não tem a mínima noção de haver participado desse, digamos, contrato social. Para os estratos sociais mais baixos, a CF/88 é a Carta dos Sonhos, da fada-madrinha, em contrafrente à maldição da bruxa malvada. Assim se diz em relação à distância do conteúdo onírico da Constituição formal e uma dura realidade de fome, doença e desabrigo. Aliás, esse estrato social ignora a nossa organização política e jurídica, que é complexa, coisa de primeiro mundo.

Por outro viés, a Constituição é vista como algo que dá esperança de uma vida melhor, com segurança alimentar, assistência à saúde e aposentadoria social. Direitos humanos ainda estão reduzidos a direitos animais: um prato de comida e uma toca para morar. Nessa faixa, ficam distantes as discussões sobre formas de Estado e de Governo, sobre regime ou sistema de Governo, sobre a repartição de poderes e de competências, sobre o sistema tributário, a organização da Justiça.

Lembro-me do Sr. Chico Fulô quando eu era menino. Era ele pescador e tarrafeiro. Tinha sete filhos com a esposa Lídia. Na casa deles não havia mesa, comiam numa esteira de palha redonda no chão. Quando ele chegava no fim da tarde, com uma cuia de piabas era aquela festa dos meninos: o Florêncio, o Raimundo, a Francisquinha, a Maria, outro que fora embora, o Antonio, o Zequinha. Comiam piaba assada com farinha em redor da esteira. Não usavam talheres. Comiam com as mãos, lambendo os dedos. Era uma felicidade! Aquela família tagarelando e sorrindo. Dona Lídia morreu de tuberculose e ele se casou com outra viúva, que já trouxe o Nonato. E nova prole se iniciou.

Qual seria a Constituição Federal para essa família?

Cumprir registrar que democracia e direitos humanos são privilégios de poucos. A Terra possui mais de seis bilhões de habitantes, mas apenas dois bilhões habitam as democracias. Dois terços dos humanos vivem sob os regimes tribais africanos, ortodoxia religiosa islâmica e oriental e ditatorial chinês, nortecoreano e outros. Aí, direitos humanos são ficção. Mesmo entre as chamadas democracias, os excluídos compõem a maioria. Apenas 10% dos moradores da Terra são usuários reais dos direitos fundamentais da pessoa humana. “Direitos Humanos” pressupõem já satisfeitos os direitos animais do ser humano.

A legião de desvalidos encontra-se no estágio inicial de sobrevivência. Essa leva de famintos alimenta a falsa democracia ao votar num governo que lhe dá esmolas com o sacrifício dos que morrem de trabalhar. Os direitos fundamentais constituídos são letra morta para os estratos inferiores da sociedade, dado que as autoridades não os observam em relação a estes.

Nessa faixa de operação, a Constituição de papel não encontra tensão alguma com o fator real do (des)poder. Sua leitura é rasa e simples, sem esforço de aplicação, porque pouco demandada. A pouca tensão que se verifica entre a faticidade e a validade calha nas ações voluntárias exteriores em defesa dos excluídos.

Em geral, as polícias não respeitam a inviolabilidade de domicílio nem a presunção de inocência. Os direitos humanos são direitos burgueses, oponíveis só por pessoas instruídas e/ou abastadas, que têm acesso ao processo e à Justiça.

O artigo 5º da Constituição Federal é interpretado pelas autoridades assim:

- - *Todos os pobres são culpados de sua pobreza, porque são vagabundos e preguiçosos;*
- - *Todos os pobres são livres para morrer de fome e morar debaixo da ponte, com direito a frio, doenças, surra da polícia e até incêndio pelos vadios da sociedade;*
- - *todos os necessitados têm o direito de ser preso sem motivo ou sem*

- flagrante, com tortura e até morte oficial;*
- *- todos os pobres têm o direito a jogar os seus filhos na rua para cheirarem cola e prostituírem-se;*
 - *- todos os necessitados em protesto pela sobrevivência têm à criminalização dos seus movimentos e à pronta e violenta repressão policial, com ferimentos graves e morte;*
 - *- os operários têm o direito à espoliação e a baixíssimos salários;*
 - *todos os trabalhadores têm direito à instabilidade no emprego, para permitir a lucratividade do capital;*
 - *- todos os trabalhadores têm o sagrado direito à demissão injustificada, sem (ou quase) indenização;*
 - *todos os brasileiros pobres têm direito de morrer nos corredores dos hospitais, à falta de assistência;*
 - *todos os favelados têm o sagrado direito de invasão dos seus barracos pela polícia a qualquer hora do dia ou da noite sem autorização judicial;*
 - *- todos os favelados têm direito a ser despejados liminarmente pela justiça de suas possessões, mesmo em se tratando de posse velha;*
 - *- é assegurado a todo cidadão pobre o rigor e a presteza da justiça, quando acusado, e a lentidão, quando for autor da ação;*
 - *Todos os idosos pobres têm direito a não se aposentar mais.*
 - *Parágrafo único - Além dos direitos acima declinados, é assegurado a todo brasileiro pobre outras garantias que se deduzam dos princípios gerais, inclusive o de virar bicho.*

E os pobres coitados ainda levarão o brado patronal, conforme registrou Émile Zola:

A culpa é da gente, empregar vagabundos que se servem dos braços como porco do rabo...

(In: Germinal)

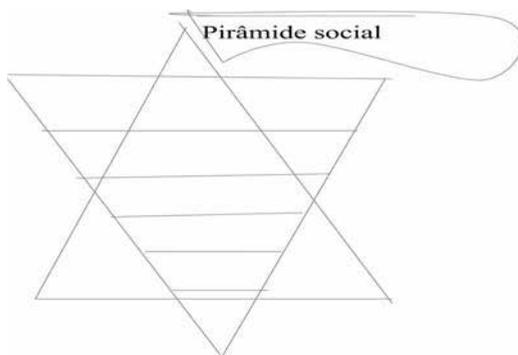
Por sua vez, os que já viraram feras estão alimentando as fileiras do crime profissional, descendo o morro e atacando os indefesos cordeirinhos do bairro nobre, disseminando o terror, através de assalto, sequestro, furto, roubo, saque e homicídio. Essas criaturas suprimem o sabor da riqueza, o prazer do gozo dos bens materiais, tiram o sossego dos banhistas, dos turistas e dos transeuntes em geral.

E a solução já vem pronta: cadeia, bala, chibata, É como o jumento de Luiz Gonzaga: pau nas costas, pau nas orelhas, pau nas pernas.

Por último, cumpre salientar que todas as faixas sociais compõem fatores reais do poder: as faixas superiores da hierarquia social se sentem parte desse contrato social, atuam (ativamente) no processo de mutação constitucional mediante a legislação e por meio da interpretação. Já as faixas inferiores da hierarquia social nem se sentem parte desse pacto social, nem tomam conhecimento de tal coisa, nem participam do processo mutacional da Constituição. Atuam passivamente, esperando que façam por elas. A pirâmide social se inverte quando se trata de usufruir os direitos e as benesses do Estado.

Assim como Campanella registra o desprezo que os moradores da Cidade do Sol têm pelos outros de outros reinos:

Não posso exprimir-lhe quanto desprezo [os moradores da Cidade do Sol] têm por nós, por chamarmos de ignóbeis os artífices e de nobres os que, não sabendo fazer coisa alguma, vivem do ócio e sacrificam tantos homens que, chamados servos, são instrumentos da preguiça e da luxúria.



Pirâmide de gozo dos direitos

Até quando, enfim,
ó Catilina, abusarás
de nossa paciência?
Por quanto tempo ainda
esse teu rancor nos enganará?
Até que ponto
a tua audácia desenfreada
se gabará?
(Cícero. *In: Catilinárias*)

4.7 A Constituição do Tempo Líquido

Cumpra anotar que tudo o que se comentou no item 3 acima provém das considerações clássicas, modernas e pós-modernas da Constituição.

No entanto, tudo isso cede lugar a um admirável monstro novo: o **tempo líquido**, plugado, conectado, da informação rápida e instantaneamente comunicada, das *fake news*, da má formação telemática, da geração Z¹, aqueles nascidos já na era da popularização da internet, do narcisismo, do que se sente sábio operando um aparelho de comunicação eletrônica, em que tudo é segundo o Google, o Watt Sap., o Instagran, o Face book, o controle eletrônico de todos e dos presos, o poder de influência dos mais medíocres nessa rede. Tudo isso não pode passar ao largo do sentido de Constituição.

Destarte, a Constituição de 1988 já sofreu mais de uma centena de emendas ou remendos. Os governos, em vez de governarem com a Constituição, preferem adaptá-la a suas conveniências. O pior de tudo é a qualidade do nosso legislador, pessoas da mais alta honorabilidade e boa parte portadora de muitos saberes, menos de história institucional e de processo legislativo, que nos fazem lembrar a frase de Madison em 1788: “Quando um homem que só é apto a remendar um sapato tenta remendar o Estado, imagina-se um Sólon ou um Licurgo”, registra Isaac Kramnik (1993, p. 16).

Por fim, cumpre salientar que todas as camadas sociais interpretam a Constituição ao seu modo e segundo os seus interesses. Ademais, convivemos com as realidades antigas – lixões, doenças de museu (sarampo, lepra, tuberculose), fome, miséria – rivalizando-se com realidades líquidas.

E os intérpretes oficiais (juízes, advogados, Ministério Público) têm o dever de se abeberar da hermenêutica dos interesses de cada estamento social, conforme doutrina de Häberle (1997), para que, nos casos concretos, a Constituição se aproxime, digamos, dos fatores reais e dos sociais do poder e da falta de poder.

1 Na comparação baseada em dados da ONU, os millennials foram definidos como os nascidos entre 1980 e 2000, enquanto os membros da **geração Z** foram classificados como aqueles que nasceram a partir de 2001. O Departamento de Censo dos EUA também delimita as gerações no final de 2000.

A geração Z, nascida no século XXI, representará 32% da população mundial em 2019, superando a geração conhecida como millennials, que responderá por 31,5%. As estatísticas são baseadas em dados da Organização das Nações Unidas (ONU), que utiliza 2000/2001 como divisão geracional.

Os nascidos em 2001 completam 18 anos em 2019, o que significa que muitos entrarão na universidade, poderão votar e, dependendo de onde moram, fumar ou consumir álcool legalmente. Eles não conhecem um mundo que não seja digital e, nos EUA, são a geração mais diversa da história do país em termos raciais e étnicos.

Disponível em: www.google.com/search?q=geração+z&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b.19/05/2019.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 539p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e democracia. Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O Resgate dos valores na interpretação constitucional – pela reabilitação do homem como ser-mpralmente-melhor*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

FERNANDES, Millôr. *A Bíblia do Caos*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. Tradução de: *Die offene GesellschaftVerfassungsterpreten. EinBeitrag zur pluralistischen und “prozessualen”Verfassungsintepretation*.

CRAMNIK, Isaac. Apresentação do livro *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: LTr, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, Luís. *Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 1997.

NEVES, Marcelo. NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

SCHIMIDT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992. Tradução de: *Verfassungslehre*.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Tradución de José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Do original: «*Massatäbe*

des parlamentarischen Warrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts» (1912); «*VERFASSUNG UND VERFASSUNGSRECHT*» (1928); «*Burger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*» (1933); «*Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit*» (1934).

STRECK, Lênio Luiz. Reflexões hermenéuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coordenadores). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

VOLTAIRE. *Cândido*. Rio de Janeiro: Newton Compton Brasil Ltda. 1994.

WOLFE, Christopher. *La transformación de La interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: DIÁLOGO ENTRE O CPC E O ART. 791-A DA CLT

*Arnaldo Boson Paes**

Resumo:

A Lei nº 13.467/2017, ao introduzir múltiplas e profundas alterações no processo do trabalho, orientou-se precipuamente pela ideia de restringir, ao máximo, o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). Essa restrição se manifesta de diversas maneiras, mais acentuadamente pela descaracterização do instituto da gratuidade da justiça (CF, art. 5º, LXXIV). A mais grave está na instituição dos honorários advocatícios de sucumbência recíproca (CLT, art. 791-A, *caput* e § 3º), potencializada pela possibilidade de retenção de honorários dos créditos obtidos pelo trabalhador, ainda que em outro processo (CLT, art. 791-A, § 4º). Nesse quadro, o presente artigo objetiva analisar o novo regime de honorários advocatícios aplicáveis na Justiça do Trabalho. Por meio do exame paralelo das normas da CLT e do CPC, intentará contribuir para a concepção de um modelo de honorários advocatícios de sucumbência que garanta o livre acesso à justiça, assegure a assistência judiciária gratuita e contribua à efetividade dos direitos trabalhistas.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Acesso à justiça. Processo. Honorários advocatícios.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei nº 13.467/2017 e a garantia do acesso à justiça. 3. A incompletude do art. 791-A da CLT. 4. Honorários advocatícios contratuais, arbitrados, sucumbenciais e assistenciais. 5. Honorários advocatícios de sucumbência no CPC. 6. A gratuidade da justiça no CPC e na CLT. 7. O regime de honorários advocatícios anterior à inserção do art. 791-A à CLT. 8. Os honorários de sucumbência nas disposições do art. 791-A da CLT. 9. Causalidade

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (Piauí). Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla La Mancha, Espanha. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla La Mancha, Espanha. Professor da Faculdade de Direito Maurício de Nassau – Unidade Teresina.

vs. sucumbência: necessária complementação para compreensão do art. 791-A da CLT. 10. Inaplicabilidade de retenção dos honorários de crédito trabalhista obtido em juízo. 11. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, designada Lei da Reforma Trabalhista, com a inserção do art. 791-A à Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943), alterou substancialmente o regime de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Ao produzir grave restrição à garantia do amplo acesso à justiça, descaracterizando inclusive o instituto da justiça gratuita e impactando negativamente a efetividade dos direitos trabalhistas, a introdução do sistema de honorários advocatícios de sucumbência recíproca tem suscitado muitas incertezas e elevados riscos nas causas trabalhistas.

Interpretação literal tem conduzido segmentos justralhistas a proclamar que as novas disposições legais implicariam a instituição generalizada de honorários sucumbenciais recíprocos, proporcionais, dedutíveis dos créditos trabalhistas obtidos em juízo e devidos independentemente do deferimento da justiça gratuita¹. Decorreria dessa compreensão tratamento mais rigoroso ao sucumbente na esfera trabalhista, desconsiderando o necessário diálogo de complementaridade entre os microssistemas do processo civil e do processo do trabalho.

Ocorre que, para compreensão e determinação do sentido e extensão do enunciado normativo contido no art. 791-A da CLT, necessário submetê-lo ao filtro constitucional, confrontando-o com as garantias constitucionais fundamentais, na medida em que o processo, seja comum, seja especial, deve ser ordenado, disciplinado e interpretado em conformidade com os valores e as normas fundamentais contidas na Constituição da República (CPC, art. 1º).

Além de as disposições do art. 791-A da CLT não poderem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, igualmente necessário submetê-las aos diversos métodos de interpretação jurídica, em especial ao método sistemático. Isso porque “as normas jurídicas e o próprio diploma normativo têm de ser integrados ao conjunto normativo mais amplo a que pertençam, sob pena de exalarem certos exotismo e desarmonia, que são incompatíveis com o caráter sistemático, lógico e racional do fenômeno

1 Cite-se, entre outros, TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista – as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2018, p. 84-92.

jurídico”².

Nesse contexto, indispensável recorrer ao diálogo das fontes normativas, buscando compreender o novel dispositivo celetista a partir de diversas normas e distintos diplomas existentes acerca dos honorários advocatícios. Isso porque, por meio do diálogo das fontes próprias do processo do trabalho com as fontes oriundas do processo comum, será possível revitalizá-lo e conferir-lhe maior efetividade, a partir do influxo de novos valores, princípios, técnicas, institutos e ferramentas que lhe conservem sua celeridade e viabilizem o alcance de seus objetivos³.

Assim, o presente artigo objetiva analisar o novo regime de honorários advocatícios aplicáveis na Justiça do Trabalho a partir da melhor luz que se extrai das disposições constitucionais e do processo civil, observando os princípios e limites específicos do processo do trabalho. Por meio do exame paralelo das normas da CLT e do CPC, tendo como premissa a relação de circularidade existente entre o direito material e o direito processual⁴, intentar-se-á contribuir para a concepção de um modelo de honorários advocatícios de sucumbência que garanta o livre acesso à justiça, assegure a assistência judiciária gratuita e contribua à efetividade dos direitos trabalhistas.

2. A LEI Nº 13.467/2017 E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A Lei nº 13.467/2017, ao introduzir múltiplas e profundas alterações no processo do trabalho, orientou-se precipuamente pela ideia de restringir, ao máximo, o acesso à justiça, conspurcando a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV). Essa restrição se manifesta de diversas maneiras, mais acentuadamente pela descaracterização do instituto da gratuidade da justiça (CF, art. 5º, LXXIV), por meio da criação de várias limitações ao seu deferimento. A mais grave está na instituição dos honorários advocatícios de sucumbência recíproca (CLT, art. 791-A, *caput* e § 3º), potencializada pela possibilidade de retenção dos honorários de créditos trabalhistas obtidos em juízo, ainda que em outro processo (CLT, art. 791-A, § 4º).

Como se sabe, diversos dispositivos contidos na Lei nº 13.467/2017 são objeto de ações declaratórias de inconstitucionalidade pendentes de análise

2 DELGADO, Maurício Godinho; e DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil – Com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 93.

3 CHAVES, Luciano Athayde. *Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho*. In: CHAVES, Luciano Athayde (org). *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 69.

4 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 39.

no Supremo Tribunal Federal. Em relação ao tema da gratuidade da justiça, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI 5766, formulando pedido de suspensão da eficácia em relação aos seguintes dispositivos: i) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, inserida no *caput*, e do § 4º do art. 790-B da CLT; ii) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, no § 4º do art. 791-A da CLT; e iii) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, no § 2º do art. 844 da CLT.

Iniciado o julgamento em 10/5/2018, o Relator, Ministro Roberto Barroso, votou pela procedência parcial da ADI para assentar interpretação conforme a Constituição, com as seguintes teses: i) o direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários; ii) a cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (ii.a) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii.b) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias; e iii) é legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

O Ministro Edson Fachin votou pela procedência integral da ADI, sustentando as seguintes teses: i) os dispositivos questionados mitigaram em situações específicas o direito fundamental à assistência judiciária gratuita e o direito fundamental ao acesso à justiça; ii) as restrições impostas trazem como consequência o esvaziamento do interesse dos trabalhadores em demandar na Justiça do Trabalho, tendo em vista a pouca perspectiva de retorno; iii) há a imposição de barreiras que tornam inacessíveis os meios de reivindicação judicial de direitos a hipossuficientes econômicos; iv) verifica-se, a partir dessas restrições, uma possibilidade de se negar direitos fundamentais dos trabalhadores; e v) há também desrespeito a outros direitos, como os relacionados à cidadania, à dignidade da pessoa humana, ao objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais.

Após esses dois votos, o julgamento da ADI foi suspenso em razão de pedido de vista antecipada dos autos do Ministro Luiz Fux. Inconcluso o julgamento, perplexidades e incertezas persistem. Mas a eventual superveniência de julgamento pela Suprema Corte não terá o condão de solucionar diversas questões processuais desencadeadas pela Lei nº 13.467/2017. Diversos aspectos relacionados à aplicação concreta na prática judicial das novas disposições legais continuarão a exigir

ampla e profunda reflexão dos operadores jurídicos, de modo a construir respostas adequadas, legítimas e justas para o sensível tema do acesso do hipossuficiente à Justiça do Trabalho.

Como parte significativa das demandas trabalhistas no Brasil são propostas por trabalhadores desempregados que litigam contra seus ex-empregadores ou por trabalhadores com renda salarial relativamente modesta, marcados pela condição de hipossuficiência e vulnerabilidade, as novas barreiras erguidas implicam dramático fechamento do acesso à justiça. Essas limitações, conjugadas com outras previsões normativas tendentes a eliminar créditos trabalhistas ou a restringir os mecanismos para cobrá-los judicialmente, produzem o impactante efeito de restringirem, de forma exacerbada, o sistema judicial de tutela de direitos trabalhistas, transformando o processo em “tortuoso calvário de riscos e apenações” para o trabalhador⁵.

O acesso à justiça constitui o mais fundamental de todos os direitos fundamentais, na medida em que, quando questionada a existência ou negada a efetividade de algum direito, a tutela jurisdicional abre-se como caminho para buscar o seu reconhecimento e concretização. Nessa perspectiva, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁶. Isso se mostra mais essencial no âmbito das relações de trabalho, em especial no Brasil, em que prevalece a informalidade, a precarização e a sonegação de direitos, descortinando-se com a Lei nº 13.467/2017 um cenário de muitas incertezas e elevados riscos econômicos para o autor de qualquer demanda trabalhista.

Como garantia constitucional fundamental, o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) constitui limite à elevação de barreiras objetivas de acesso ao Poder Judiciário. Essa garantia, conjugada com a da justiça gratuita (CF, art. 5º, LXXIV), obstaculiza qualquer alteração legislativa ou interpretação jurídica que conduza à negação do acesso à ordem jurídica justa pelo hipossuficiente econômico. Confrontadas as novas disposições legais com tais garantias constitucionais, não há como extrair de modo racional, sistemático e finalístico conclusão que justifique a imposição de vultosas condenações ao pagamento de honorários advocatícios ou que autorize a dedução de valores a esse título dos créditos obtidos em juízo pelos trabalhadores.

Isso porque a compreensão dos enunciados contidos na Lei nº 13.467/2017 submete-se necessariamente ao filtro constitucional. Como as

5 DELGADO, Maurício Godinho; e DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil - Com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 289.

6 CAPPELLETTI, Mauro; Gart, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril, 1988, p. 12.

normas processuais infraconstitucionais objetivam concretizar as disposições constitucionais, há entre elas uma relação de reciprocidade, de modo que “o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo superior, assim e ao mesmo tempo em que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior”⁷. Assim, os novos textos legais sobre honorários advocatícios somente adquirem sentido e concretude quando confrontados com as garantias constitucionais do processo, definindo-se a partir daí a norma jurídica que deles se extrai e que deve ser aplicada aos casos concretos.

Nesse contexto, as barreiras levantadas ao acesso à Justiça do Trabalho pela Lei nº 13.467/2017 devem ser removidas por meio do exercício por juízes e tribunais de seu papel criativo e normativo, recorrendo a diversos mecanismos disponíveis, a exemplo do controle de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, do controle de convencionalidade (CF, art. 5º, § 2º) e da interpretação lógico-racional, sistemática e finalística. Como texto e norma não se confundem, pois esse é o resultado da interpretação de todo o sistema normativo, impõe-se a construção e a reconstrução dos sentidos das disposições do art. 791-A da CLT, de modo a assegurar um sistema de justiça “igualmente acessível a todos” e que “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁸.

3. A INCOMPLETUDE DO ART. 791-A DA CLT

A aplicação do processo civil ao processo do trabalho é autorizada pelos arts. 769 da CLT e 15 do CPC. Isso pressupõe existência de lacunas e compatibilidade com o processo do trabalho. É possível a configuração de lacunas normativas (ausência de norma para o caso concreto), lacunas ontológicas (a norma existente está desatualizada) ou lacunas axiológicas (a norma existente é injusta ou insatisfatória). A compatibilidade implica a necessidade de observância da principiologia e das singularidades do processo do trabalho, “que sempre estará presente quando ela estiver agasalhada pelos princípios do acesso à justiça, da duração razoável do processo trabalhista e da efetividade das decisões judiciais”⁹.

A aplicação subsidiária ou supletiva do processo civil justifica-se em diversas hipóteses. Havendo insuficiência na CLT, será possível aplicar de modo complementar normas do processo civil. Ainda que não omissa a CLT, mas quando as normas do processo civil forem mais efetivas, desde que haja

7 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140-141.

8 CAPPELLETTI, Mauro; Gart, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril, 1988, p. 8.

9 MEIRELES, Edilton. *O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho*. In: *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 76.

compatibilidade, também será aplicável. Também incidirá quando o processo do trabalho regular de modo incompleto a matéria. Nesse sentido, “mesmo diante da existência de regra na CLT, mas desde que essa seja incompleta, cabe fazer incidir o novo CPC”¹⁰. O filtro reside na compatibilidade com as normas do processo do trabalho, cuja concretização deve considerar as necessidades do direito material do trabalho reveladas no caso concreto.

O art. 791-A da CLT altera substancialmente a sistemática até então vigente no processo do trabalho, mas não disciplina diversas hipóteses tratadas pelo CPC. A Instrução Normativa TST nº 39/2016, que dispõe sobre as normas do CPC/2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, é inteiramente omissa quanto à aplicação ou não de normas do CPC sobre honorários advocatícios. Por sua vez, a IN TST nº 41/2018, ao dispor sobre a aplicação das normas processuais da CLT alteradas pela Lei nº 13.467/2017, limitou-se a estabelecer que o novo regime de honorários advocatícios aplica-se apenas aos processos iniciados após 11/11/2017¹¹, data da vigência da nova lei, nada dispondo sobre a aplicação de normas contidas no processo civil¹².

Há clara insuficiência da CLT no tratamento da matéria, mas essa incompletude não significa que o processo laboral passe a assimilar o princípio da sucumbência de forma incondicionada. Nesse contexto, observada a exigência de compatibilidade com as regras e a principiologia do processo do trabalho, abordam-se mais adiante hipóteses de aplicação de disposições do processo civil acerca dos honorários advocatícios de sucumbência, procedendo-se às adaptações necessárias a fim de atender às especificidades do processo do trabalho.

4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS, ARBITRADOS, SUCUMBENCIAIS E ASSISTENCIAIS

Os honorários advocatícios são a remuneração devida aos profissionais da advocacia em razão dos serviços realizados e assumem na atualidade três modalidades, a saber, contratuais, arbitrados e sucumbenciais, cada uma delas sujeita a regime jurídico próprio.

10 Ob. cit., p. 80.

11 Incide a ultratividade das regras processuais antigas, a partir do sistema da unidade processual, de modo que o regime de honorários advocatícios do art. 791-A da CLT somente se aplica às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017, data da vigência da Lei nº 13.467/2017. Essa orientação decorre da natureza híbrida das normas sobre honorários advocatícios, que incidem sobre a relação processual, mas são dotadas de conteúdo material, com efeitos para além do processo.

12 O TST tem reconhecido transcendência jurídica no recurso de revista interposto contra acórdão que faz incidir o novo regime de honorários advocatícios nas ações ajuizadas antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, provendo o apelo para afastar a condenação, cf. ARR-1500-17.2017.5.12.0012, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 13/6/2019.

Os honorários advocatícios contratuais têm natureza jurídica de contraprestação. Decorrem do contrato privado firmado entre o advogado e o cliente para a prestação dos serviços. Fundados na autonomia da vontade, podem ser livremente pactuados, em valor fixo, dividido ou não em parcelas sucessivas. A contratação não se sujeita à tabela elaborada pela OAB, simples parametrização para o ajuste. É possível também a contratação por meio de estipulação de percentual sobre o êxito da demanda (contrato *quota litis*). Em todo caso, configurada a estipulação abusiva, por sua desproporcionalidade em relação ao serviço prestado, impõe-se sua redução aos limites do razoável. Os honorários contratuais constituem obrigação do cliente em relação ao advogado que não se transfere ao vencido na causa.

Na ausência de estipulação, os honorários advocatícios são devidos na base de um terço no início da prestação dos serviços, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante ao final de todas as fases do processo, incluída, se for o caso, a fase de cumprimento da sentença (Lei nº 8.906/1994, art. 22, § 3º). Na hipótese de o advogado juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou (Lei nº 8.906/1994, art. 22, § 4º). O contrato de honorários possui natureza de título executivo extrajudicial (Lei nº 8.906/1994, art. 24, *caput*), sujeito à execução na Justiça Estadual (STJ, Súmula nº 363).

Os honorários advocatícios arbitrados são os fixados judicialmente. Essa modalidade incide na falta de estipulação ou de acordo, quando serão fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da causa, observados os parâmetros indicados na tabela elaborada pela OAB (Lei nº 8.906/1994, art. 22, § 2º). A decisão judicial que arbitrar os honorários constitui título executivo (Lei nº 8.906/1994, art. 24, *caput*), podendo a execução ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado (Lei nº 8.906/1994, art. 24, § 1º).

Os honorários advocatícios sucumbenciais decorrem da atribuição legal ao vencido da obrigação pelo custo financeiro do processo. Corresponde à verba que uma das partes deve desembolsar a outra pelas despesas suportadas para remunerar seu próprio advogado na causa. Parte da premissa de que “o processo deve propiciar a quem tem razão a mesma situação econômica que ele obteria se as obrigações alheias houvessem sido cumpridas voluntariamente ou se seus direitos houvessem sido respeitados sem a instauração do processo”¹³. Deriva do princípio da sucumbência, consagrado nos arts. 82, § 2º, e 85, *caput*, do CPC, de acordo com o qual

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 648.

o vencido pagará ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

O princípio da sucumbência está associado ao princípio da causalidade, mais abrangente, sendo a sucumbência simples aplicação específica, mas não a única. Assim, “a sucumbência não é assim mesmo um princípio, senão apenas um indicador do verdadeiro princípio, que é o da causalidade”, de modo que “responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele”¹⁴. Na maioria das vezes, o princípio da sucumbência é suficiente para definir a obrigação pelos custos do processo, na medida em que o sucumbente é geralmente aquele que deu causa à instauração do processo. Há casos, no entanto, em que a parte, mesmo vencida, não tem a obrigação de arcar com os custos do processo. “Isso acontece sempre que de algum modo o próprio vencedor haja dado causa ao processo”¹⁵.

Essa distinção entre causalidade e sucumbência para efeito de determinação da responsabilidade pelas despesas do processo é especialmente relevante na Justiça do Trabalho. A responsabilidade civil pela obrigação de indenizar o dano pressupõe um nexo causal, que é a vinculação entre determinada ação ou omissão e o dano experimentado (CC, art. 186). Como isso implica a necessidade de analisar a relação causal entre o dano e a atividade praticada, a delimitação da responsabilidade pelos honorários advocatícios passa pelo exame de quem deu causa ao ajuizamento da demanda trabalhista, daí a possibilidade de ocorrer situações em que, mesmo sucumbente, a parte vencida não tem a obrigação de arcar com os custos financeiros do processo.

Por sua vez, além dos honorários contratuais, arbitrados e sucumbenciais, havia ainda, na disciplina anterior à Lei nº 13.467/2017, os honorários assistenciais, derivados da assistência judiciária gratuita e devidos ao sindicato. Por força do art. 16 da Lei nº 5.584/1970, revogado pela Lei nº 13.725/2018, os honorários pertenciam ao sindicato, que poderia reverter ao advogado. Agora, decorrendo os honorários da mera sucumbência, constituindo parcela autônoma e devida ao próprio advogado, os honorários assistenciais deixaram de existir (CLT, art. 791-A, *caput*; Lei nº 8.906/1994, art. 23, *caput*; CPC, art. 85, *caput*; Lei nº 13.725/2018, art. 1º). Tratando-se de direito disponível, nada obsta que o advogado ajuste contratualmente que os honorários, no todo ou em parte, serão revertidos ao sindicato.

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CPC

O CPC/2015, diploma subsidiário e complementar à CLT, aperfeiçoou a disciplina dos honorários advocatícios sucumbenciais, trazendo em relação

14 Ob. cit., p. 648.

15 Ob. cit., p. 648.

ao CPC/1973 um conjunto de inovações, alterações e supressões. Preserva o princípio da sucumbência (CPC, artigo 85, *caput*), indicando a necessidade de conjugá-lo com o princípio da causalidade, quando dispõe que os honorários, nos casos de perda de objeto, serão devidos por quem deu causa ao processo (CPC, art. 85, § 10). Prevê expressamente que o pagamento dos honorários será feito ao advogado do vencedor, incorporando a regra do art. 23 da Lei nº 8.906/1994. Inova ao dispor que serão devidos honorários no cumprimento provisório e na fase recursal, este de forma cumulativa, e reafirma o cabimento na reconvenção, no cumprimento provisório e em outras hipóteses já previstas no CPC/1973 (CPC, art. 85, § 1º).

Estabelece que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor” (*caput* do art. 85). Inclui o termo proveito econômico, ao lado do termo condenação, como parâmetro para a fixação dos honorários advocatícios (art. 85, § 2º). Fixa que “os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.” A CLT não traz semelhante dispositivo, o que poderia ser interpretado como opção legislativa, configurando silêncio eloquente. Essa interpretação legitimaria a conclusão de que no processo do trabalho são incidiriam honorários sucumbenciais nos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito. Mas esta interpretação não se sustenta, conforme se demonstrará adiante.

Por sua vez, os §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º disciplinam as regras de condenação em honorários quando uma das partes for a Fazenda Pública. Inova-se aqui com a criação de uma tabela para fixação dos honorários advocatícios, com prévia definição de percentuais a partir do valor da condenação, do proveito econômico ou do valor da causa (§§ 3º, 5º e 6º), observadas regras específicas quanto ao momento da fixação (§ 4º). Indevidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada (§ 7º). Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, bem como quando o valor da causa for muito baixo, os honorários serão fixados por apreciação equitativa (§ 8º).

O CPC/2015, em outros parágrafos do art. 85, incorpora entendimentos jurisprudenciais já consagrados e traz também para seu bojo normas já existentes no ordenamento jurídico. Esclarece que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, vedada a compensação dos honorários (§ 14). Prevê também a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma para a definição e cobrança de honorários advocatícios na hipótese de decisão transitada em julgado que tenha sido omissa quanto ao capítulo dos honorários ou ao seu valor (§ 16). Há ainda previsão do direito os advogados

públicos ao recebimento dos honorários de sucumbência (§ 19).

Além destas novidades, o CPC/2015 inovou ao estabelecer serem devidos os honorários advocatícios na fase recursal. O propósito da inovação, além de remunerar o advogado pelo trabalho extra perante os tribunais, foi evitar a interposição de recursos protelatórios ou infundados. Estabelece a novel disposição que o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, sendo vedado, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os limites legais fixados para a fase de conhecimento, entre os quais o de 20% para as causas em geral (CPC, art. 85, §§ 1º e 11). A fixação de honorários advocatícios constitui dever do juiz e do tribunal, de sorte que a omissão deve ser suprida com o manejo de embargos de declaração¹⁶.

6. A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO CPC E NA CLT

Os honorários sucumbenciais guardam estreita conexão com o tema da justiça gratuita. No processo civil, a pessoa natural ou jurídica, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça (CPC, art. 98, *caput*). Presume-se a insuficiência de recursos declarada por pessoa natural (CPC, art. 99, § 3º). O pedido de gratuidade da justiça somente poderá ser indeferido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais, devendo o juiz, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos requisitos (CPC, art. 99, § 2º). A gratuidade da justiça compreende, entre outros custos do processo, os honorários de advogado (CPC, art. 98, § 1º, VI). Os honorários periciais devidos pelo beneficiário da justiça gratuita são de responsabilidade da Fazenda Pública (CPC, art. 99, §§ 3º a 5º).

Na dicção do art. 790, § 3º, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, o deferimento da gratuidade da justiça ao trabalhador dependeria de recebimento de “salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. De acordo com o § 4º, “o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.” Ocorre que, a partir da melhor luz que se extrai do art. 5º, LXXIV, da CF, que assegura

16 Constitui pedido implícito na petição inicial o de pagamento de honorários advocatícios (CPC, art. 322, § 1º). Assim já dispunha a Súmula nº 256 do STF: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil”.

a assistência judiciária gratuita e integral, as novas disposições celetistas devem ser interpretadas em conjunto com o disposto no art. 99, § 3º, do CPC.

O processo civil presume a insuficiência de recursos baseada na simples declaração da pessoa natural, que somente pode ser indeferida se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos (CPC, art. 99, § 2º). Em face da tutela jurídica superior conferida pelo processo civil, a hipótese é de lacuna axiológica, que afasta a aplicação da regra do art. 790, § 3º, da CLT e justifica a aplicação da regra do art. 99, § 3º, do CPC. Assim, a declaração de insuficiência de recursos por qualquer pessoa natural, inclusive o trabalhador, é suficiente para o deferimento da gratuidade da justiça, sendo irrelevante o salário auferido e desnecessária a prova da hipossuficiência.

No processo civil, a gratuidade da justiça isenta o beneficiário de pagar seu próprio advogado, mas não o da parte adversa, na medida em que a concessão não afasta a responsabilidade pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (CPC, art. 98, § 2º). 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, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (CPC, art. 98, § 3º).

Como se vê, no processo civil, mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, a parte vencida fica responsável pelo pagamento dos honorários advocatícios, garantindo-se, no entanto, a suspensão da exigibilidade diante da insuficiência de recursos. Observe-se que a decisão condenatória em honorários sucumbenciais constitui título executivo judicial, viabilizando sua execução nos próprios autos. Inexiste no processo civil previsão, como sugere o art. 791-A, § 4º, da CLT, de dedução ou desconto em relação ao crédito obtido em juízo. Há, sim, condição de suspensão da execução dos honorários até prova da extinção da situação de miserabilidade pelo credor, solução esta que, como se demonstrará adiante, há de ser aplicada igualmente ao processo do trabalho.

Em síntese, no processo civil o deferimento da assistência judiciária gratuita corresponde a um facilitador de acesso à justiça, afastando a responsabilidade provisória de arcar com a antecipação das despesas processuais. Mas isso não significa que o beneficiário ficará isento do pagamento das despesas ao final do processo (CPC, art. 98, § 2º). No processo do trabalho

a lógica era diversa, pois não se tratava de mero facilitador do acesso à justiça, mas de isenção total do pagamento das despesas processuais (CLT, art. 790-A). A Lei nº 13.467/2017, no entanto, rompe com esse modelo, impedindo a obrigação de antecipação das despesas, mas afastando a isenção completa. Interpretado o texto legal em sua literalidade, o beneficiário da justiça gratuita teria que suportar as despesas com honorários periciais (CLT, art. 790-B, § 4º), honorários advocatícios (CLT, art. 791-A, *caput* e § 4º) e custas processuais (CLT, art. 844, § 2º)¹⁷.

7. O REGIME DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ANTERIOR À INSERÇÃO DO ART. 791-A À CLT

Antes do advento da Lei nº 13.467/2017, o regime de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho regia-se pelas disposições contidas nos artigos 14, 16 e 18 da Lei nº 5.584/1970, com a interpretação dada pelas Súmulas nº 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho – TST. Em razão da instituição do *ius postulandi* (CLT, art. 839, “a”), firmou-se o entendimento jurisprudencial de que, ainda que a parte seja representada por advogado, não seriam devidos honorários advocatícios nas demandas trabalhistas em decorrência da mera sucumbência.

Com a Lei nº 5.584/1970, o seu art. 14 passou a atribuir aos sindicatos da categoria profissional o encargo de prestar a assistência judiciária disciplinada pela Lei nº 1.060/1950. Assim, a assistência passou a ser devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, assegurando-se igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provada sua insuficiência de recursos. O art. 16, recentemente revogado pela Lei nº 13.725/2018, estabelecia que os honorários advocatícios seriam devidos pelo vencido e em favor do sindicato assistente.

Desde então a jurisprudência consolidou-se no sentido de que, na Justiça do Trabalho, em conformidade com a Súmula nº 219 do TST, reforçada pela Súmula nº 329, a condenação em honorários advocatícios, inicialmente não superiores a 15%, não decorre da mera sucumbência, sujeitando-se à observância de requisitos específicos. Assim, deveria a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970).

17 MIESSA, Élisson. *Normas processuais da reforma trabalhista – comentários à Instrução Normativa nº 41/2018 do TST*. Salvador: Juspodium, 2018, p. 76-77.

Nada obstante o advento do art. 133 da Constituição Federal, que estabeleceu ser o advogado essencial à administração da justiça, o TST, em face da interpretação que lhe foi conferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, por meio da ADIN 1.127-8, manteve seu entendimento acerca dos requisitos para o deferimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho (TST, Súmula nº 329). Esse entendimento foi objeto de progressivos ajustes, emergindo novas orientações interpretativas em decorrência da superveniência da EC nº 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, e do advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), que propiciou melhor sistematização ao regime de honorários advocatícios.

Destarte, além da hipótese de configuração concomitante de assistência sindical e insuficiência de recursos, passou-se a admitir o cabimento de honorários advocatícios em ação rescisória (TST, Súmula nº 219, II), nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego (TST, Súmula nº 219, III), observada a disciplina constante dos arts. 85, 86, 87 e 90 do CPC (TST, Súmula nº 219, IV). Em caso de assistência sindical ou de substituição processual sindical, os honorários seriam devidos entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, nos termos do CPC, art. 85, § 2º (TST, Súmula nº 219, V). Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a condenação deve respeitar os percentuais do art. 85, § 3º, do CPC (TST, Súmula nº 219, VI).

Outras hipóteses foram adicionadas. Passou-se a admitir a incidência de honorários advocatícios pela simples sucumbência na ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelo espólio, herdeiros ou sucessores do empregado falecido. Isso porque não há relação de emprego entre os envolvidos, apenas e tão somente o pedido tem origem naquela relação originária, não sendo possível exigir dos herdeiros e sucessores que venham a juízo assistido por sindicato da categoria profissional¹⁸.

No entanto, em linhas gerais, o regime de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho permaneceu vinculado à observância dos requisitos do art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970. Nessa linha, a jurisprudência do TST firmou-se no sentido de serem incabíveis honorários em razão da aplicação subsidiária de normas insertas na Constituição Federal, Código de Processo Civil, Código Civil, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil ou Lei de

18 E-RR-227-89.2013.5.03.0045, SBDI-I, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 10/12/2015; E-ED-ARR-5320-42.2011.5.12.0016, SBDI-I, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 30/10/2018.

Assistência Judiciária. Isso porque, segundo a Corte Superior Trabalhista, havendo regência legal específica a regular a matéria, não há como admitir a aplicação subsidiária desses diplomas normativos com o fim de tornar sustentável o direito à indenização para reparar perdas e danos oriundos da contratação de advogado particular¹⁹.

Destarte, na Justiça do Trabalho, como regra, não incidiam honorários advocatícios sucumbenciais, fixados pelo juiz na decisão e devidos pelo vencido como simples decorrência do fato objetivo da derrota na causa. Os honorários somente seriam pertinentes em casos pontualmente tratados na legislação. Com o advento da Lei nº 13.467/2017, alterou-se significativamente esse quadro, mas não a ponto de assimilar de forma incondicional o princípio da sucumbência, como sugere interpretação literal do art. 791-A da CLT. Para a compreensão e determinação do sentido e extensão desse dispositivo, examinam-se hipóteses específicas, indicando as soluções mais adequadas à conformação do regime de honorários advocatícios decorrentes da sucumbência trabalhista.

8. OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NAS DISPOSIÇÕES DO ART. 791-A DA CLT

Com a redação conferida pela Lei nº 13.467/2017 ao art. 791-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da CLT, interpretada apenas em sua literalidade, a condenação em honorários advocatícios no processo do trabalho teria passado genericamente a decorrer da mera sucumbência. O novel dispositivo estabelece que ao advogado são devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% e o máximo de 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (*caput*). Esclarece que são igualmente devidos nas ações contra a Fazenda Pública, nas ações em que o sindicato atue como assistente ou substituto de sua categoria (§ 1º) e na reconvenção (§ 5º). Dispõe ainda que a fixação dos honorários advocatícios deve observar o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado e o tempo exigido (§ 2º).

O novo dispositivo pretende instituir a sucumbência recíproca²⁰, dispondo que “na hipótese de sucumbência recíproca, o juízo arbitrará os honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os

19 AgR-E-RR-1225-84.2012.5.04.0006, SBDI-I, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 30/10/2017; E-ED-RR-70600-73.2007.5.03.0137, SBDI-I, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 11/4/2019.

20 A doutrina tem buscado estabelecer distinção entre sucumbência recíproca e sucumbência parcial, mas há entendimento de que “Não conduz a resultado prático algum a discussão sobre se é mais correto dizer sucumbência parcial ou sucumbência recíproca. Ambas as locuções são

honorários” (§ 3º). A condenação alcançaria até mesmo o beneficiário da assistência judiciária gratuita, hipótese em que haveria a suspensão de sua exigibilidade pelos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, salvo se obtidos créditos em juízo, ainda que em outro processo, que estariam sujeitos à retenção para quitação dos honorários advocatícios devidos em razão da sucumbência recíproca (§ 4º)²¹.

Postos sinteticamente os novos textos legais, necessário enfatizar que o fenômeno jurídico não se restringe ao momento de sua produção, sendo essencial reconhecer que a construção e a reconstrução dos sentidos das novas disposições ocorrerão no momento de sua aplicação, convertendo-se assim varas e tribunais trabalhistas nos espaços em que se determinarão os sentidos das mudanças introduzidas pela Lei nº 13.467/2017. Como Direito não é texto legal, os processos decisórios e as configurações normativas que se estabelecem por meio da atuação judicial podem contribuir para mitigar os excessos contidos nos novos enunciados normativos, propiciando-lhes interpretação constitucionalmente legítima e adequada aos princípios tutelares do direito material e do direito processual do trabalho, cujos fundamentos repousam na própria Constituição da República.

9. CAUSALIDADE VS. SUCUMBÊNCIA: NECESSÁRIA COMPLEMENTAÇÃO PARA COMPREENSÃO DO ART. 791-A DA CLT

A responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo é determinada pela incidência de dois princípios complementares. O da sucumbência indica que o encargo é da parte vencida na pretensão objeto da demanda, decorrendo a responsabilidade, portanto, do fato objetivo da derrota na causa. O da causalidade, mais abrangente que o da sucumbência, indica que responde pelo custo financeiro do processo aquele que lhe haja dado causa, ensejando a judicialização do conflito²². Nesse caso, não se trata de atribuir ilicitude ao exercício do direito de ação ou de defesa, tampouco de onerar excessivamente a quem foi a juízo formular uma pretensão ou

inteligíveis e razoáveis e, portanto, fungíveis”, conf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 650.

21 Há manifesta contradição entre o § 4º do art. 791-A e o § 2º do art. 819, ambos da CLT. Pelo primeiro, tratando-se de beneficiário da justiça gratuita, em relação aos honorários advocatícios, haveria retenção de crédito obtido em juízo ou suspensão da exigibilidade. Pelo segundo dispositivo, introduzido pela 13.660/2018, posterior, portanto, à Lei nº 13.467/2017, o beneficiário da justiça gratuita, sendo sucumbente, estará isento das despesas com deslocamento de testemunhas e com intérprete de libras.

22 BEBBER, Júlio César. *Honorários advocatícios sucumbenciais em demandas trabalhistas (após a inserção do art. 791-A à CLT)*. São Paulo: Revista LTr 82-11/1306-1320, vol. 82, nº 11, novembro de 2018, p. 1308.

deduzir uma resistência²³. Em certas situações, mesmo vencida, a parte não terá obrigação de pagar as despesas processuais, como na perda de objeto, quando serão devidas por quem deu causa ao processo (CPC, art. 85, § 10).

O princípio da causalidade comporta ampla aplicabilidade no processo do trabalho, haja vista que grande parte das demandas trabalhistas decorre do não pagamento de parcelas contratuais e rescisórias, sendo o trabalhador frequentemente compelido a demandar em juízo para obter a materialização de seus direitos.

Em diversas hipóteses será impossível ao demandante precisar antecipadamente as circunstâncias fáticas em que se desenvolveu a relação de trabalho. É natural que formule pedidos convencido da configuração dos pressupostos fáticos, mas que ao longo da instrução sua existência não ficou demonstrada. Detendo o empregador o registro dos atos pertinentes ao contrato de trabalho (CLT, arts. 464 e 74, § 2º), torna-se difícil, senão impossível para o trabalhador prever antecipadamente as obrigações que teriam sido adimplidas. Em muitas demandas o reconhecimento do direito depende de uma prova técnica, como nas situações envolvendo acidente de trabalho ou doença ocupacional. Nesses casos de clara indeterminação fática, a improcedência da pretensão não significa necessariamente que o reclamante tenha dado causa ao processo.

A aplicação do princípio da causalidade também se aplica nas hipóteses de clara indeterminação jurídica. Como se sabe, os textos legais não determinam completamente as decisões de juízes e tribunais, na medida em que o Direito compõe-se cada vez mais de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como ocorre com categorias jurídicas como nexos de causalidade ou concausalidade, responsabilidade objetiva ou subjetiva do empregador e violação a direitos de personalidades. Em situações como estas, mas sobretudo nos “*hard cases*”, “*se no se encuentra el derecho, hay que inventarlo*”²⁴. Conquanto esse aspecto seja comum ao processo civil, sua desconsideração conduziria maior distorção no âmbito trabalhista, haja vista a incidência quase generalizada da condição de hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador.

Pela própria natureza do direito do trabalho, que alberga conjunto

23 Os honorários sucumbenciais não constituem indenização por perdas e danos ou sanção processual, decorrentes de eventual litigância de má-fé, pois esses institutos cumprem objetivos distintos e estão sujeitos a regimes jurídicos diversos. A CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, trata da responsabilidade por dano processual e por litigância de má-fé nos arts. 793-A, 793-B e 793-C.

24 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 379.

variado de obrigações e direitos, é comum que a demanda contenha pedido composto. Aplicada simplesmente a sucumbência parcial, em que cada litigante é parcialmente vencedor e parcialmente vencido, os custos financeiros do processo seriam distribuídos recíproca e proporcionalmente (CPC, art. 86, *caput*). Nesses casos, o princípio da causalidade justifica a mitigação do princípio da sucumbência, de modo que, havendo procedência da maioria das pretensões, o demandado responderá inteiramente pelos custos do processo, considerando que a sucumbência deve ser apreciada em relação à causa, e não no tocante a cada um dos pedidos. Solução semelhante é adotada em relação às custas, cuja obrigação sempre foi da parte vencida, independente de haver sucumbência recíproca, como ainda hoje dispõe o art. 789, § 1º, da CLT, segundo o qual “as custas serão pagas pelo vencido”.

Essa mitigação já é prevista no CPC, ao dispor que “se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários” (art. 86, parágrafo único). Como a expressão “sucumbência mínima” constitui conceito jurídico indeterminado, cabe à jurisprudência conformá-lo às peculiaridades do processo do trabalho, segundo um juízo de razoabilidade em cada caso.

Como as demandas trabalhistas são marcadas pela cumulação simples, com dedução de vários pedidos independentes, são frequentes as hipóteses de sucumbência recíproca. Nesses casos a decadência em parte mínima do pedido não deve considerar cada pedido isoladamente, mas compreendê-los em seu conjunto. Destarte, havendo acolhimento substancial dos pedidos, o indeferimento de outros implica o reconhecimento de que uma das partes decaiu em parte mínima, de modo que à parte vencida deve ser atribuído integralmente o pagamento dos honorários advocatícios. Caberá o julgador, a partir das circunstâncias, considerando a totalidade do pedido, justificar o reconhecimento da sucumbência mínima²⁵.

O princípio da causalidade também se aplica às situações de acolhimento da parcela, mas em expressão numérica ou monetária inferior à postulada. Exemplificativamente, pleiteadas duas horas extras diárias, mas deferidas apenas uma, a hipótese não configura sucumbência recíproca. Nos casos em que a individualização ou a quantificação da pretensão, em decorrência de sua própria natureza, se torna muito difícil ou impossível, a incidência dos honorários advocatícios exige adequações, afastando-se a aplicação automática do regime da sucumbência recíproca, na medida em que o acolhimento do pleito, ainda que parcial, implica o reconhecimento de que o

25 BEBBER, Júlio César. *Honorários advocatícios sucumbenciais em demandas trabalhistas (após a inserção do art. 791-A à CLT)*. São Paulo: Revista LTr 82-11/1306-1320, vol. 82, nº 11, novembro de 2018.

ajuizamento da ação trabalhista resultou de comportamento do demandado²⁶.

O princípio da causalidade deve ser interpretado considerando a própria natureza dos honorários advocatícios, que constituem, em si mesmos, a remuneração devida aos profissionais da advocacia. Em relação aos honorários sucumbenciais, “o que legitima a imposição dessa obrigação é o fato de o sujeito haver dado causa ao processo, com isso gerando para o adversário a necessidade de contratar patrono e pagar”²⁷. Nesse sentido, os honorários não são mero custo do processo para punir a procedência ou a improcedência da pretensão deduzida em juízo. Como se destinam à remuneração do trabalho realizado, a quantificação deve observar os parâmetros do § 2º do art. 791-A da CLT. Mas outros fatores devem ser considerados, entre os quais a particularidade de que a remuneração dos advogados de trabalhadores é vinculada ao proveito econômico obtido no processo, enquanto a remuneração dos advogados de empregadores, em geral, não depende do resultado da lide²⁸.

Nessa linha, o *caput* do art. 791-A da CLT, com redação semelhante à do § 2º do art. 85 do CPC, estabelece que a fixação dos honorários sucumbenciais observará “o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. Assim, havendo procedência total ou parcial da pretensão do trabalhador, a “liquidação da sentença” e o “proveito econômico” constituirão a base de cálculo dos honorários sucumbenciais. A utilização do “valor atualizado da causa” será possível quando não houver “liquidação da sentença” ou não for possível definir o “proveito econômico”, como ocorre nas obrigações de fazer ou nas ações meramente declaratórias.

Na improcedência total ou extinção do processo sem resolução de mérito, nas hipóteses em que o trabalhador é o demandante, há entendimentos no sentido de que não incidiriam honorários advocatícios²⁹. Parte-se do argumento de que o art. 791-A da CLT não contém disposição semelhante à do

26 Esta solução encontra-se sedimentada na jurisprudência dos tribunais, conforme consta da Súmula nº 326 do STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”. O TST adota semelhante solução para o caso de sucumbência recíproca no objeto da perícia, atribuindo à reclamada integralmente a responsabilidade pelos honorários periciais, cf. RR-3038000-42.2008.5.09.0008, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 4/4/2019.

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 634.

28 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, no texto “A negação do acesso à justiça pelas condenações trabalhistas de trabalhadores ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais”. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-negacao-do-acesso-a-justica-pelas-condenacoes-de-trabalhadores-ao-pagamento-de-honorarios-advocaticios-sucumbenciais>.

29 Esta tese é defendida por DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* *Comentários à lei da reforma*

§ 6º do art. 85 do CPC, que determina a observância dos critérios dos §§ 2º e 3º para efeito de quantificação dos honorários nas situações de improcedência ou sentença sem exame do mérito. Essa omissão da CLT deveria ser interpretada como decorrente de opção do legislador celetista, resultado de um silêncio eloquente da lei. Não sendo o caso de lacuna normativa, não seria possível aplicar interpretação extensiva, o que afastaria a aplicação do § 6º do art. 85 do CPC.

Essa tese não se sustenta do ponto de vista lógico-racional e sistemático. Devidos honorários advocatícios na sucumbência recíproca, justifica-se igualmente sua incidência na improcedência total ou na extinção do processo sem resolução de mérito. Como nessas hipóteses inexistente “liquidação de sentença” ou “proveito econômico”, a quantificação deve ter como premissa a remuneração do trabalho realizado pelo advogado, independente dos percentuais do *caput* do art. 791-A e dos valores atribuídos aos pedidos ou dados à causa. Nesses casos, assim como na sucumbência parcial do trabalhador, a quantificação deve ser realizada por meio de apreciação equitativa, observados os parâmetros do § 2º do art. 791-A da CLT e a capacidade econômica do sucumbente, como prevê o art. 223-G, XI, da CLT, ao estabelecer a “situação social e econômica das partes envolvidas” como critério para mensuração do dano extrapatrimonial.

10. INAPLICABILIDADE DE RETENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE CRÉDITO TRABALHISTA OBTIDO EM JUÍZO

O § 4º do art. 791-A da CLT interpretado isoladamente sugere que as obrigações decorrentes da sucumbência são exigíveis do trabalhador, “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”. Essa disposição, ao pretender instituir a possibilidade de desconto ou dedução dos honorários advocatícios sucumbenciais dos créditos obtidos pelo trabalhador em juízo, em qualquer processo, exige uma interpretação adequadamente conforme a Constituição da República, a partir das garantias do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), da assistência jurídica integral e gratuita (CF, art. 5º, LXXIV) e da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

Pela literalidade do preceito, se o trabalhador receber créditos pela via judicial, por menores que sejam, por maior que seja sua debilidade econômico-financeira e por mais que não esteja em condições de arcar com os custos do processo sem comprometer sua subsistência e a de seus dependentes, ainda assim terá que pagar os honorários de sucumbência. Nesse caso, haveria a esdrúxula figura da “justiça gratuita paga”, em que o beneficiário da assistência

trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018, p. 188.

jurídica gratuita e integral (CF, art. 5º, LXXIV) estaria obrigado a suportar os honorários advocatícios da parte adversa. Pela redação do art. 791-A, § 4º, da CLT, não se aplicaria sequer o regime da automática suspensão da exigibilidade previsto pelo CPC, art. 98, § 3º.

Como se sabe, as normas constitucionais servem para interpretar, bloquear e integrar as normas infraconstitucionais existentes. Não pode o aplicador da lei, em razão de suas preferências pessoais, desconsiderar, deixar de lado ou pular uma norma legal. Mas tem o poder-dever de aferir sua compatibilidade com o modelo constitucional, afastando-a quando se tratar de norma inconstitucional, conferir-lhe interpretação conforme a Constituição ou atribuir-lhe interpretação lógico-racional, sistemática e finalística. A Constituição da República, ao instituir o Poder Judiciário e disponibilizar os instrumentos para o cidadão defender seus interesses em juízo, leva em consideração a real possibilidade de demandar, sem que a improcedência de pretensões implique gravosas condenações em honorários sucumbenciais como punição pelo exercício do direito de ação.

Os arts. 11 e 12 Lei nº 1.060/1950, revogados pelo CPC, art. 1.072, III, não contemplavam a possibilidade de o vencido arcar com as despesas com honorários advocatícios, mas já considerava devidas as custas, prevendo, no entanto, a suspensão da inexigibilidade nos cinco anos subsequentes. A condenação em honorários sucumbenciais do beneficiário da justiça gratuita já está prevista no CPC, como se extrai do art. 98, § 2º, segundo o qual “a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência”. Assim, a condenação dos beneficiários da justiça gratuita em honorários sucumbenciais, conquanto não se ajuste às especificidades do processo do trabalho, amolda-se às disposições do processo civil, sendo aplicável na Justiça do Trabalho.

Mas a imposição automática de desconto ou dedução dos honorários sucumbenciais em relação a créditos trabalhistas obtidos judicialmente, ainda que em outro processo, esteriliza na prática os efeitos da justiça gratuita (CF, art. 5º, LXXIV). Por inibir o trabalhador de ingressar em juízo diante do temor real e concreto de ter seu crédito alimentar constrito para pagar honorários sucumbenciais, também não se adéqua à garantia de acessibilidade à justiça (CF, art. 5º, XXXV).

Ademais, por conceber tratamento mais rigoroso ao sucumbente trabalhista, não se compatibiliza com o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*). O CPC, no art. 98, § 3º, ao dispor sobre honorários sucumbenciais devidos pelo beneficiário da justiça gratuita, não cogita de desconto

ou dedução. Prevê apenas que “vencido o beneficiário, 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”.

Como se vê, o CPC, ao contemplar a suspensão automática da exigibilidade dos honorários advocatícios, sem autorizar a dedução ou desconto em relação ao crédito obtido em juízo, confere tutela jurídica superior àquela prevista na CLT. Nesse caso, à luz das garantias do art. 5º, *caput*, XXXV e LXXIV, da Constituição da República e a partir de uma interpretação lógico-racional, sistemática e finalística do sistema processual, aplica-se ao processo do trabalho a diretriz do art. 98, § 3º, do CPC, garantindo-se a suspensão da exigibilidade dos honorários sucumbenciais. Nesta hipótese, deverá ser observado o prazo da norma trabalhista de dois anos do trânsito em julgado da decisão, assegurada a possibilidade de execução nos próprios autos quando demonstrada concretamente a superação da situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade da justiça.

Como a suspensão da exigibilidade ocorre com a simples concessão dos benefícios da justiça gratuita, enquanto permanecer a situação de hipossuficiência econômica do devedor dos honorários sucumbenciais, não há necessidade de se proceder à liquidação, tampouco será possível dar início aos atos executórios. Caberá ao advogado titular do crédito peticionar nos autos provando previamente a existência de capacidade econômica do devedor para suportar a obrigação, hipótese em que, convencido o juízo da superação da hipossuficiência, será iniciada a liquidação e subsequente execução, observadas as regras de impenhorabilidade do art. 833 do CPC, ressalvada a hipótese do § 2º, haja vista a natureza alimentar dos honorários advocatícios (CPC, art. 85, § 14; STF, SV nº 47).

11. CONCLUSÕES

Em razão do estudo realizado, evidencia-se que a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXX), conjugada com o direito à assistência jurídica integral e gratuita (CF, art. 5º, LXXIV), constitui importante instrumento para remoção dos obstáculos impostos pela Lei nº 13.467/2017 para acesso à Justiça do Trabalho. Por meio de mecanismos como controle de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, controle de convencionalidade (CF, art. 5º, § 2º) e interpretação lógico-racional, sistemática e finalística, será possível a construção e a reconstrução dos sentidos das disposições do art.

791-A da CLT, de modo a configurar um modelo de honorários advocatícios compatível com as especificidades do processo do trabalho.

A insuficiência do art.791-A CLT no tratamento dos honorários advocatícios de sucumbência, em decorrência de lacunas normativas, ontológicas ou axiológicas, implica a necessidade de aplicação supletiva e subsidiária do CPC. A incompletude da CLT, no entanto, não significa que o processo laboral passe a assimilar o princípio da sucumbência de forma incondicionada. Nesse contexto, observada a compatibilidade com os princípios e singularidades com o processo do trabalho, a incidência deve ser feita promovendo-se as adaptações necessárias, incidindo as normas do CPC quando forem mais adequadas e mais efetivas à tutela jurisdicional trabalhista.

Na fixação da responsabilidade pelos honorários advocatícios sucumbenciais, deve ter ampla aplicação o princípio da causalidade, mais abrangente que o da sucumbência, de acordo com o qual responde pelo custo financeiro do processo aquele que lhe haja dado causa. Não se trata de atribuir ilicitude ao exercício do direito de ação ou de defesa, tampouco de onerar excessivamente a quem foi a juízo formular uma pretensão ou deduzir uma resistência. Isso implica a necessidade de considerar que grande parte das demandas trabalhistas decorre do não pagamento de parcelas contratuais e rescisórias, forçando o trabalhador a submeter o conflito à apreciação judicial.

Na quantificação da verba de sucumbência, deve ser considerada a própria natureza dos honorários advocatícios, que constituem, em si mesmos, a remuneração devida aos profissionais da advocacia. Nesse sentido, os honorários não são mero custo do processo para punir a procedência ou a improcedência da pretensão deduzida em juízo. Como se destinam à remuneração do trabalho realizado, a quantificação deve observar os parâmetros do § 2º do art. 791-A da CLT. Mas outros fatores devem ser considerados, entre os quais a particularidade de que a remuneração dos advogados de trabalhadores é vinculada ao proveito econômico obtido no processo, enquanto a remuneração dos advogados de empregadores, em geral, não depende do resultado da lide.

Assim, havendo procedência total ou parcial da pretensão do trabalhador, a “liquidação da sentença” e o “proveito econômico” constituirão a base de cálculo dos honorários sucumbenciais. Na improcedência total, na sucumbência parcial do trabalhador ou na extinção do processo sem resolução de mérito, a quantificação terá como premissa a remuneração do trabalho realizado pelo advogado, independente dos percentuais do caput do art. 791-A e dos valores atribuídos aos pedidos ou dados à causa, por meio de

apreciação equitativa, observados os parâmetros do § 2º do art. 791-A da CLT e a capacidade econômica do sucumbente.

Por fim, o CPC, ao contemplar a suspensão automática da exigibilidade dos honorários advocatícios, sem autorizar a dedução ou desconto em relação ao crédito obtido em juízo, confere tutela jurídica superior àquela prevista na CLT. Aplica-se assim ao processo do trabalho a diretriz do art. 98, § 3º, do CPC, vedando-se a retenção dos honorários sucumbenciais de créditos trabalhistas obtidos em juízo e garantindo-se a suspensão de sua exigibilidade. Nesse caso, fica assegurada a possibilidade de execução nos próprios autos quando demonstrada concretamente a superação da situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade da justiça, seguindo-se sua liquidação e execução, observadas as regras de impenhorabilidade do art. 833 do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BEBBER, Júlio César. *Honorários advocatícios sucumbenciais em demandas trabalhistas (após a inserção do art. 791-A à CLT)*. São Paulo: Revista LTr 82-11/1306-1320, vol. 82, nº 11, novembro de 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; Gart, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril, 1988.
- CHAVES, Luciano Athayde. *Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho*. In: CHAVES, Luciano Athayde (org). *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho; e DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil – Com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira et al. *Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodium, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- MEIRELES, Edilton. *O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo do*

trabalho. IN: *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

MIESSA, Élisson. *Normas processuais da reforma trabalhista – comentários à Instrução Normativa nº 41/2018 do TST*. Salvador: Juspodium, 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, no texto “*A negação do acesso à justiça pelas condenações trabalhistas de trabalhadores ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais*”. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-negacao-do-acesso-a-justica-pelas-condenacoes-de-trabalhadores-ao-pagamento-de-honorarios-advocaticios-sucumbenciais>.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista – as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2018.

A FORMAÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO MUNDIAL

“La injusticia es
la madre legítima
de todas las rebeliones”
(Alfredo Palacios)

*Manoel Carlos Toledo Filho**

Resumo:

O artigo objetiva facilitar a compreensão das razões sociais, políticas e econômicas que determinaram o surgimento e o desenvolvimento da legislação do trabalho mundial, passando pela sua evolução histórica, seus fatos geradores materiais e a polêmica jurídica que os acompanhou.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Formação história e política. Expansão e consolidação.

Sumário: 1.Introdução. 2. Antecedentes remotos 3. Formação embrionária 4. Formação fundamental 5. A OIT e a questão social 6. O debate jurídico-econômico 7. A expansão do Direito do Trabalho 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As relações entre trabalhadores e tomadores de serviços, desde seus primórdios, sempre possuíram um potencial componente conflituoso, cuja explosão poderia gerar, em maior ou menor dimensão, uma ameaça concreta à paz e à estabilidade social.

Por conta disso, ao longo e com o passar dos séculos, foram se criando e aprimorando regras, preceitos e métodos destinados a, em alguma medida,

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Membro efetivo das Associações Argentina e Uruguiaia de Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

minimizar essa sua dimensão política, na mesma proporção em que igualmente se transformavam as relações econômicas e sociais.

Sem embargo, nos últimos anos, recrudescceu ou reavivou-se a *corrente liberal* segundo a qual, na atualidade, esta questão poderia ou mesmo deveria ser abandonada às forças do mercado, que saberiam satisfatoriamente discipliná-la por sua própria conta, dispensando-se, assim, limites ou garantias mínimas asseguradas mediante atos explícitos de intervenção estatal, como o seriam as normas integrantes do direito material do trabalho.

O objetivo deste artigo é, analisando a formação e a origem histórica e política da legislação laboral, verificar se a inferência acima pode ser reputada consistente ou não.

2. ANTECEDENTES REMOTOS

Na Antiguidade, a *escravidão* desempenhava o *papel de força motriz fundamental* nas economias nacionais.

Roma utilizou largamente o trabalho escravo. O número destes era considerável, exerciam as mais distintas e variadas atribuições, desde as mais singelas tarefas manuais até assessoramentos técnicos complexos. Muitos circulavam livremente pelas cidades, misturando-se aos cidadãos comuns, com os quais interagiam diária, direta e rotineiramente.

Como sabemos, a República Romana, assim como o vasto e monumental Império que a ela se seguiu, tem um lugar de *destaque superlativo* na formação política e social da civilização ocidental. Seu idioma, o latim, serviu de base para o português, o espanhol, o francês, o italiano, o romeno, ademais de diversas outras línguas e dialetos, e o seu direito foi ainda mais longe, influenciando também os povos invasores, disto resultando o que hoje se denomina de sistema jurídico *romano-germânico*.

Pois tudo isso poderia ter sido diametralmente diferente, por conta exclusiva de um *conflito trabalhista*, que passou à história como a rebelião de Spartacus (73/71 A.C.).

A saga de Spartacus é bem conhecida: ex gladiador, reuniu e formou um exército de escravos que enfrentou e derrotou sucessivamente efetivos das legiões romanas enviados ao seu encontro, até ser definitivamente esmagado em uma batalha final. Spartacus, como antes dele já o fizera o general cartaginês Aníbal, colocou a poderosíssima República Romana em um verdadeiro *estado de pânico*.

Se bem que tenha fracassado, a *insurreição servil* liderada por Spartacus

inspirou revoltas e intentos revolucionários outros ao longo da história, e mais além disso, deixou patenteado um fato irrefragável: trabalhadores que tenham consciência de seu número e de sua força, minimamente organizados, podem derrotar mesmo os melhores soldados do mundo e colocar abaixo os alicerces daquela sociedade que os explore.¹

Passando já para a Idade Média, o fato histórico relevante a destacar tem a ver com o advento da *Peste Negra*, que devastou cerca de metade da população da Europa no lapso de 1346 a 1353.

O extermínio por ela ocasionado gerou grande escassez de mão de obra. Com isso, a lógica natural do mercado inverteu-se: havia muita oferta para pouca procura. E, por conta disso, os salários inflacionaram espetacularmente, gerando um inédito e curioso fenômeno socioeconômico: a exploração dos patrões pelos seus trabalhadores.

Para responder a esta inusitada situação, os Estados Medievais editaram Leis específicas, servindo de exemplo a Lei da Lavoura de Portugal – (1349 - Rei Afonso IV), que é considerado como o primeiro conjunto de normas trabalhistas daquele país, a Ordenança dos Trabalhadores da Inglaterra (1349 - Rei Eduardo III), também considerada como a primeira Lei Trabalhista Inglesa, e que veio a ser ratificada pelo Estatuto dos Trabalhadores de 1351, formalmente vigente até 1863.²

O conteúdo da legislação inglesa é assim resumido por Michael Bennet:

“Na nova Ordenança, foram estabelecidos níveis máximos de salários para diferentes formas de mão-de-obra agrícola, para as várias seções da indústria da construção e para uma série de empregos na indústria e no comércio. Mais marcantes talvez sejam os aspectos da legislação que visavam o controle da força de labor. Todos os homens e

1 Não por acaso, portanto, como informa Brent D. Shaw, Spartacus era um dos heróis de Marx: “No dia da mentira de 1865, a filha mais velha de Karl Marx, Jenny, apresentou ao pai um questionário lúdico. Diferentemente das pesquisas de marketing de nossos dias, ele fazia perguntas sobre seus gostos e desgostos: as qualidades que ele mais preferia em uma pessoa, sua comida favorita (peixe), sua cor favorita (não surpreendentemente, vermelho) e várias outras preferências. A pesquisa também perguntou sobre seu herói, ao que Marx respondeu: “Spartacus e Kepler”. O fato de Marx ter escolhido Spartacus sugere quão bem conhecida se tornara, em meados do século XIX, a história de um único escravo que liderou dezenas de milhares de seus companheiros de escravos em uma guerra contra seus mestres romanos”. Brent D. Shaw. Spartacus: *The Man, the Myth, and the Modern Symbol of Rebellion*. https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-137-12161-5_2. Acesso em 27/03/2019. Tradução livre.

2 Também há referências à Ordenança dos Trabalhadores editada pelo Rei João II da França, em 1351, que se teria inspirado na legislação inglesa.

mulheres fisicamente aptos deveriam se disponibilizar para o trabalho; eles deveriam trabalhar, se convocados, para os senhores que primeiro os requisitassem e dentro das aldeias em que residiam; os trabalhadores sem emprego deveriam aceitar qualquer encargo oferecido pelo preço fixado; os contratos de serviço deveriam ser por um ano ou outro prazo razoável, e não por dia; os servos não deveriam deixar seus senhores dentro do prazo de seus contratos sem permissão; e jurariam perante os juízes dos trabalhadores observar as ordenanças.”³

Um dado deveras interessante, que consta da transcrição acima, tem a ver com a figura dos “Juízes dos Trabalhadores” (*Justices of Labourers*). Criados especificamente com o objetivo de fazer cumprir os preceitos das normas trabalhistas recém-criadas, chegaram, segundo informa Bertha Havam Putnam, ao número de 501 juízes entre os anos de 1352 e 1359, cifra nada desprezível para a época.⁴ Estes antepassados dos juízes do trabalho da atualidade, portanto, surgiram, indiscutivelmente, para atender a uma genuína *necessidade patronal*.

3. FORMAÇÃO EMBRIONÁRIA

O advento cronologicamente simultâneo de duas importantes revoluções, uma de ordem política – a *revolução francesa* – e outra de natureza econômica – a *revolução industrial* – modificaram de forma permanente a estrutura das relações de trabalho subordinado ou dependente.

O maquinismo e a expansão dos mercados transformaram a economia de consumo em uma economia de produção, na qual a quantidade de bens era maximizada em ordem a expandir os ganhos e superar a concorrência. Isto naturalmente acarretou uma considerável intensificação do regime de trabalho, sem que houvesse, ainda, um instrumental jurídico adaptável àquela nova realidade, o que conduziu à adoção da ideia de contrato, tal como previsto para o Direito Civil. Mas a liberdade entre partes desiguais, como já advertira Lacordaire, apenas conduz a uma escravização dissimulada. Como explica Mario Garmendia Arigón:

“A Revolução Francesa havia iniciado uma nova era de ilusória confiança na justiça e no advento de um futuro melhor. A nobreza havia perdido seus privilégios e se havia produzido a libertação teórica dos

3 *The Impact of the Black Death on English Legal History*. In: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJILawSoc/1995/1.pdf>. Acesso em 19/03/2019, página 197, tradução livre.

4 *The enforcement of the statutes of labourers during the first decade after the black death 1349-1359*. In: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/putnam/StatutesLabourers.pdf> . Acesso em 19/03/2019, página 21.

camponeses. Além disso, tinham sido destruídos os entraves à liberdade de trabalho. Mas acabou a esperança que geravam essas ideias quando a crescente massa proletária começou a ser envolvida pela miséria e submetida a uma desenfreada exploração por parte dos empregadores.”⁵

A perplexidade derivada de tal triste e inusitado estado de coisas, porém, era também demasiado evidente para passar despercebida. Assim, os Estados nacionais começaram a, paulatina e circunstancialmente, editar normas de proteção estabelecendo limites para a utilização da mão de obra assalariada. Na doutrina de Maria do Rosário Palma Ramalho:

“Fora dos Códigos, e durante o século XIX, surgem algumas normas laborais. Contudo, trata-se de normas escassas e cuja incidência é limitada às categorias de trabalhadores mais desfavorecidas (as mulheres e as crianças), ou que revestem carácter incriminatório, como no caso dos fenómenos laborais colectivos, por força da proibição genérica do associativismo.”⁶

É sobremodo interessante notar que, ao mesmo tempo em que o Estado fazia algumas *tímidas concessões* no campo do direito individual, ele fechava a porta no âmbito coletivo, pois já se sentia, desde então, o potencial *impacto revolucionário* que um conjunto de trabalhadores organizados poderia eventualmente assumir.

4. FORMAÇÃO FUNDAMENTAL

À medida em que os conflitos entre o capital e o trabalho se agudizavam, — o que se dava na mesma medida e intensidade em que a economia assumia mais e mais o seu carácter de fenómeno definidor de um *novo mundo* — os Estados da Europa Ocidental e, décadas mais adiante, também os das Américas, se deram conta de que era inútil tentar conter a *pressão política e social* usando somente algumas poucas garantias paliativas combinadas com repressão aos movimentos associativos e a proibição da greve.

Do mesmo modo, a Igreja Católica advertira o perigo que pairava

5 *Ordem pública e direito do trabalho*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 67. No mesmo sentido expressa-se Joseph Lajugie: “A expansão industrial faz-se sobre as “costas dos trabalhadores”, pois os empregadores, procurando diminuir ao máximo o preço de custo de seus produtos, a fim de aumentar seus lucros, exigem de seus operários um dia mais longo de trabalho, por salários cada vez menores. Não recebiam, além disso, cada vez que é possível, substituir os homens adultos por mulheres e crianças, que realizam o mesmo trabalho por salários menores.” LAJUGIE, Joseph. *Os sistemas econômicos*. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. 7. ed. atual. de acordo com a 9 ed. francesa por Rolando Roque da Silva. São Paulo: Difel, 1981. p. 58.

6 *Direito do trabalho. Parte I – dogmática geral*. Coimbra: Almedina, abril/2005, p. 36.

pela sedução das propostas socialistas. A célebre encíclica *Rerum Novarum*, da lavra do Papa Leão XIII, publicada em 1891, advertia explicitamente que:

“A sede de inovações, que há muito tempo se apoderou das sociedades e as tem numa agitação febril, devia, tarde ou cedo, passar das regiões da política para a esfera vizinha da economia social. Efetivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a *alteração das relações entre os operários e os patrões*, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isto, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito”.

“Os Socialistas, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que toda a propriedade de bens particulares deve ser suprimida, que os bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para os Municípios ou para o Estado. Mediante esta transladação das propriedades e esta igual repartição das riquezas e das comodidades que elas proporcionam entre os cidadãos, *lisonjeiam-se de aplicar um remédio eficaz aos males presentes*. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr termo ao conflito, prejudicaria o operário se fosse posta em prática. Pelo contrário, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social”⁷.

O primeiro intento consistente de propiciar um sistema orgânico de proteção social pode ser situado na Alemanha, fruto do tirocínio político de Bismarck. Segundo Evaristo de Moraes Filho,

“A obra de BISMARCK significa já a intervenção do Estado na produção econômica, embora com sentimento nitidamente antissocialista. Espírito perspicaz, compreendeu BISMARCK a importância do movimento operário, daí chegando até a entabular negociações com FERDINAND LASSALE, presidente da Associação Geral dos Trabalhadores Alemães, fundada em Leipzig, em 1863, durante o Congresso operário ali realizado”⁸.

Fato é que a lista de conflitos entre patrões e empregados, alguns chegando mesmo a assumir a natureza de *batalhas campais*, na Europa e nas Américas, é longa e dolorosa. No Brasil, destacam-se as greves gerais de 1903⁹

⁷http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em 25/03/2019.

⁸ *Introdução ao direito do trabalho*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1956 p. 367.

⁹ Estima-se que esse movimento grevista, que durou 26 dias, e foi duramente reprimido pelas forças policiais - com o auxílio de efetivos do Exército e da Marinha - teve a participação de 40.000 (quarenta mil) trabalhadores, dos quais cerca de 25.000 (vinte e cinco mil) eram operários de fábricas de tecidos, e os demais charuteiros, chapeleiros, alfaiates, vidraceiros,

e 1917, assim como a pouco conhecida *insurreição anarquista* de 1918¹⁰. Nos Estados Unidos da América, podem ser citados, para ficarmos somente em um único exemplo, os conflitos trabalhistas na área da mineração, que ficaram conhecidos pela sugestiva expressão de “Coal Wars”. Na Europa, a seu turno, já após a célebre revolução russa de 1917, houve uma série de outros verdadeiros *intentos revolucionários*, notadamente no ano de 1919¹¹.

Todo este contexto de *instabilidade social* globalizada impulsionou o surgimento de normas orgânicas de contenção, tendência cujo ápice foi a formação da Organização Internacional do Trabalho.

5. A OIT E A QUESTÃO SOCIAL

A Organização Internacional do Trabalho surgiu como um capítulo do Tratado de Versalhes, que pôs fim à primeira guerra mundial.

O momento histórico, por si mesmo, já é bastante sugestivo. Afinal, que sentido haveria em se tratar de condições de trabalho, ou de garantias trabalhistas, em um documento destinado a pacificar nações em guerra? Qual a pertinência de abordar um assunto que nada tinha a ver com concessões de território ou reparação de danos causados por batalhas e invasões?

Ocorre que, como vimos, a instabilidade social existente estava estimulando revoluções. Aquela massa de trabalhadores, que após 4 anos de luta, sofrimento, renúncias e frustrações, que vira amigos, colegas e parentes serem despedaçados nas trincheiras, ou agonizarem e morrerem de modo

estivadores, operários das pedreiras, carregadores de café e carpinteiros. O “estopim” da greve foi o hábito das fábricas de tecidos “venderem” aos seus operários os instrumentos de trabalho. Gradualmente outras categorias aderiram. A expansão do movimento expandiu também a abrangência das reivindicações. Conforme, Goldmacher, Marcela. *A greve geral de 1903 – O Rio de Janeiro nas décadas de 1890 a 1910*. Niterói, 2009. Tese de doutorado apresentada na UFF. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/stricto/td/1152.pdf>, acesso em 01/04/2019.

10 Movimento que, aproveitando o momento de greves no país e notadamente no Rio de Janeiro, tentou, sem sucesso, sublevar a cidade, com o objetivo de formar o “Soviete do Rio de Janeiro”. Como notou Wellington Barbosa Nébias, “...trabalhadores descontentes e trabalhadores dispostos a fazer uma revolução são duas coisas muito diferentes. Apesar do discurso revolucionário ter ganhado força, junto aos trabalhadores no ano de 1918, devido à conjuntura internacional, a grande maioria dos trabalhadores não esperava que seus problemas fossem resolvidos por uma revolução social”. *A greve geral e a insurreição anarquista de 1918 no Rio de Janeiro: um resgate da atuação das associações de trabalhadores/* Dissertação de mestrado, UFRJ, 2009, p. 160. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp113976.pdf>. Acesso realizado em 01/04/2019.

11 Por exemplo: o *Levantamento Espartaquista*, que consistiu em uma greve geral e lutas armadas ocorridas em Berlim de 05 a 12 de janeiro de 1919; a *República Soviética da Baviera* (abril/maio de 1919); a *República Soviética da Eslováquia* (junho/julho de 1919) e a *República Soviética da Hungria* (março a agosto de 1919).

terrível pela ação do *gás mostarda*, se não fosse bem acolhida em seu retorno à casa, seria um indiscutível combustível para a semente de revolta já plantada e cada vez mais proeminente. As greves poderiam transformar-se noutra guerra, fosse esta interna ou, mesmo transnacional.¹²

Para que não reste dúvida de que a OIT ali estava para evitar a revolução e proteger o sistema capitalista nascente, basta ler a parte inicial do preâmbulo de sua Constituição, que é, neste sentido, claro, contundente e autoexplicativo:

“Considerando que a paz universal e permanente somente se pode basear na justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes...”¹³

Para nada admira, assim, que as 6 (seis) primeiras convenções da OIT, editadas já no próprio ano de 1919, cuidassem de temas ou garantias candentes àquela época, a saber, e pela ordem: jornada de trabalho, prevenção e proteção contra o desemprego, proteção da maternidade, trabalho noturno das mulheres¹⁴, idade mínima para o trabalho na indústria e trabalho noturno de “menores” na indústria.¹⁵

12 A doutrina, aliás, desde sempre vislumbrou uma similitude entre a greve e a guerra: “A greve é um estado de guerra, precedida por uma espécie de ultimato, na frase consagrada de Pic, que degenera em hostilidade nas relações entre empregadores e trabalhadores, motivo pelo qual se estabelece o paralelo entre o estado de guerra e o estado de greve”. In: Mozart Victor Rusomano/ Guillermo Cabanellas. *Conflitos coletivos de trabalho*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, p 18).

13 https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS_336957/lang--pt/index.htm . O presidente da Comissão Constituinte da OIT foi o sindicalista norte-americano **Samuel Gompers** (1850/1924). Gompers fora também fundador e o primeiro presidente da American Federation of Labor (AFL).

14 Esta convenção (04) foi revogada pela OIT em 2017. As demais estão todas vigentes. O Brasil denunciou as convenções 03 (em 26/07/1961) e 05 (em 28/06/2002). As convenções 01 e 02 não foram ratificadas por nosso país. A convenção 06 integra formalmente o ordenamento jurídico nacional desde 1934.

15 Talvez a melhor síntese do *objetivo político primigênio* da legislação social tenha sido aquela feita por Antonio Ferreira Cesarino Júnior: “Daí o desenvolvimento de uma copiosa legislação social, abordando quase todos os aspectos das relações entre os economicamente fortes e os economicamente fracos, para, ao mesmo tempo que protegia imediatamente a estes, promovendo-lhes, juridicamente, o reajustamento econômico e social e, até mesmo educacional, *assegurar àqueles o gozo tranquilo de seus bens, evitando o desencadear violento da questão social* que, mais ou menos latente, sempre existiu em todos os países e em todas as épocas”. (In: *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 5).

6. O DEBATE JURÍDICO-ECONÔMICO

Posta a nova legislação — ou estando a ser considerada sua implementação — surgiram as inevitáveis objeções da classe patronal.

Em essência, *dois argumentos centrais* eram esgrimidos pelos adversários da nova legislação. No âmbito jurídico, o dogma da plena liberdade contratual; no âmbito econômico, o entrave ao bom desenvolvimento da atividade empresarial.

O argumento jurídico era claramente inconsistente, dada a impossibilidade fática de consumir um ajuste equilibrado ante a disparidade de forças das partes contratantes¹⁶. Como registrou Evaristo de Moraes:

“O economista clássico mantém ainda, contra a evidência dos fatos, no interesse do capitalismo moderno, a crença nas virtudes da liberdade de trabalho, não admitindo regras, nem normas legais, que fixem as bases do contrato entre o empregador e o empregado, ou (como se diz na linguagem jurídica brasileira), entre o *locatário* e o *locador* de serviços.”¹⁷

O argumento econômico por sua vez, fora, basicamente, o mesmo de hoje: normas trabalhistas embaraçam a atividade dos empreendedores e encarecem o custo da mão de obra. Como registrou, com sua acuidade intelectual privilegiada, o jurista argentino Alfredo Palácios, tratava-se, ainda e sempre, da *eterna cantilena*. Em suas palavras:

“Na Inglaterra se produziu o mesmo fenômeno em razão da redução da jornada em 1847. Se dizia na Câmara dos Comuns que as perturbações iriam ser incontáveis; que os interesses do Estado iriam ser prejudicados; que a indústria se arruinaria; que os salários baixariam. O Ministro do Interior, demonstrou, porém, fazendo um extrato de um célebre livro de John Rhae, que a redução da jornada determinou um aumento da produção.”¹⁸

7. A EXPANSÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A chegada da década de 30, com a depressão econômica que a

16 Alejandro Gallart Folch, professor da Universidade de Barcelona, cunhou a tal respeito uma **síntese brilhante**, e que, por isso mesmo, veio a tornar-se célebre. Segundo ele, a função da legislação do trabalho seria a de *compensar con una superioridad jurídica la inferioridad económica del obrero*”. *Derecho español del trabajo*. Barcelona: Ed. Labor, 1936. p. 16.

17 *Apontamentos de direito operário*. São Paulo, LTr, 1971, p. 9. Esse debate esteve bastante presente, na Suprema Corte Americana, ao princípio do século XX. Consultem-se, especialmente, os casos **Lochner vs New York** (1905) e **West Coast Hotel Co. v. Parrish** (1937).

18 *Por las mujeres y los niños que trabajan*. Valencia: F.Sempere y Compania Editores, S/D., p. 84/85. Tradução livre. Palácios estava falando perante o Congresso Argentino em 1907. Logo, como se vê, já àquela época, o argumento patronal era um sexagenário padecendo de *demência*.

acompanhou, foi a prova científica de que o problema não estava nas normas trabalhistas, mas justamente em seu contraponto: o mercado sem freios, a especulação sem limites, o investimento sem lastro.

A *instabilidade social* renovada trazida pelo abalo financeiro motivou a expansão e a consolidação da legislação do trabalho no mundo ocidental. Ela assumiu, neste momento delicado, de novo, o papel de *antídoto contra as ideias socialistas*, que clamavam novamente pela destruição do sistema capitalista que, de resto, havia desmoralizado a si mesmo. Não por acaso, em 1931, a Igreja Católica interveio, através da Encíclica *Quadragesimo Anno*, da lavra de Pio XI, que ratificava e consolidava os fundamentos da Encíclica *Rerum Novarum*.¹⁹

A Declaração de Filadélfia (1944), a seu turno, reafirmou o princípio de que a paz permanente só pode estar baseada na justiça social e estabeleceu quatro ideias fundamentais, que constituem valores e princípios básicos da OIT até hoje: que o trabalho deve ser fonte de dignidade; que o trabalho não é uma mercadoria; que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos; e que todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.

A legislação do trabalho estava, pois, com sua identidade firmada e suas motivações políticas e históricas devidamente enraizadas. E sua *finalidade central* foi bem resumida por Luisa Riva Sanseverino:

“A característica principal do “Direito do Trabalho” em relação a outros ramos do Direito, qualquer que seja o ordenamento jurídico que se venha a considerar, é a de representar a solução normativa que um determinado país deu, em determinado momento histórico, a todo o complexo de problemas políticos e econômicos, que se costuma resumir na expressão “Questão Social”²⁰

8. CONCLUSÃO

Chegado o século XXI, lançam sobre o direito do trabalho as mesmas pechas que já lhe haviam atribuído ao alvorecer do século XX.

Volta-se a falar da infalibilidade do mercado para reger as relações entre patrões e empregados, retorna-se a mencionar as vantagens da ausência de limites ou garantias em prol do *pleno desenvolvimento econômico*, que estaria, então, apto a gerar também *pleno emprego*.

19 Bons exemplos de legislação dessa época, criados todos também em 1931, são o código do trabalho chileno, a lei federal do trabalho mexicana e a lei de contrato de trabalho espanhola.

20 *Curso de direito do trabalho*. Tradução de Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, Editora da Universidade de São Paulo. 1976, p. 9.

Porém, fato é que, se o liberalismo clássico – que hoje assume a forma de um neoliberalismo repaginado – realmente funcionasse, as normas trabalhistas sequer teriam surgido.

Os trabalhadores não teriam realizado greves, a polícia não teria reprimido manifestações operárias, os sindicatos seriam meras associações destinadas à promoção de atividades de lazer, a Igreja não teria editado encíclicas sobre o tema, os parlamentares – que, aliás, em sua esmagadora maioria, não eram egressos da classe proletária – não teriam apresentado projetos de lei, e incontáveis pessoas não teriam sido mutiladas ou perecido no transcorrer de todo esse processo histórico.

O direito do trabalho é uma genuína criação do regime de mercado. É um filho do capitalismo, bastardo talvez, não desejado talvez, mas filho ainda assim, e dentre todos, é o mais leal. Ajusta o sistema capitalista, modula suas incongruências, compreende suas limitações, tem paciência com seus defeitos, e nunca tentou modificar a sua essência. Isso não é somente especulação, não é mera opinião, tudo isso é história, e, portanto, igualmente ciência.

Renegar o direito do trabalho, entregando a direção do sistema aos seus filhos supostamente legítimos, mas pródigos, implicará, cedo ou tarde, a ruína do “patrimônio familiar”, que será envolvido por distúrbios e revoluções, transformando-se em algo parecido com o projeto socialista do século XIX.

Ou, para utilizarmos o célebre aforismo de George Santayana (1863/1952): “aqueles que não conseguem recordar o passado, estão condenados a repeti-lo”.²¹

21 Cabe registrar que, no caso dos neoliberais brasileiros, não parece ser um problema de *falta de memória*, mas sim de *falta de estudo mesmo*, vale dizer: de *ignorância pura*.

A REFORMA TRABALHISTA E O TRABALHO INTERMITENTE: O TIRO DE MISERICÓRDIA NA CLASSE TRABALHADORA

*Emmanuel Teófilo Furtado **

APESAR DE VOCÊ
...Você que inventou a tristeza
Ora tenha a fineza
De desinventar
Você vai pagar é dobrado
Cada lágrima rolada desse meu penar.
CHICO BUARQUE DE HOLANDA

Resumo:

Aborda a Reforma Trabalhista, com foco no Contrato de Trabalho Intermitente, com debruço sobre a legislação específica que tratou do Trabalho Intermitente, tempo de discussão até a edição da Lei, exame da observância ou não dos Princípios do Direito do Trabalho, da constitucionalidade e das Normas Internacionais. Defende a ilegitimidade popular da Reforma como um todo, com mais de 95% de rejeição aferida em pesquisa no sítio eletrônico do Senado Federal, ao final lançando exame sobre o Direito Comparado. Emite juízo sobre os beneficiados e prejudicados com o novel instituto, lançando sugestões, mormente com enfoque na legislação alienígena, de como poderiam ser amenizados os patentes prejuízos à classe de trabalhadores.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Breve análise das vantagens e desvantagens. Novo Contrato de Trabalho Intermitente. Aspectos relacionados aos Princípios do Direito do Trabalho, da ordem constitucional e das normas internacionais trabalhistas. Precarização do trabalho. Direito Comparado.

Sumário: 1. Breves Notas Sobre a Reforma Trabalhista. 2. O Trabalho

* Mestre - UFC e Doutor em Direito - UFPE (Ordem Jurídica Constitucional). Professor da Graduação e da Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará .Pós-doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca - Espanha e Professor Visitante da Universidade de Le Havre - França. Desembargador do Trabalho do TRT da 7ª. Região - Ceará.

Intermitente na Reforma Trabalhista. 2.1 Direito Comparado. Referências bibliográficas.

1. BREVES NOTAS SOBRE A REFORMA TRABALHISTA

O plano desta escrita é tecer considerações bastante propedêuticas sobre a chamada Reforma Trabalhista e empós abarcar de forma específica a temática do Trabalho Intermitente. Assim, apresento de logo os artigos inseridos na CLT que cuidaram do referido Trabalho Intermitente, até para facilitar para o leitor qualquer consulta, quando já estiver a cuidar do referido tema que nos foi proposto para esta obra.

Art. 443.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.” (NR)

art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte,

no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.”

Eis pois, acima, o novo tratamento normativo dado pela Reforma ao Trabalho Intermitente...

Feridas a Princípios do Direito do Trabalho, à Constituição Federal e a Normas Internacionais do Trabalho.

Teço, doravante, como anunciado, breves considerações sobre a dita Reforma Trabalhista. De início eram apenas 7 artigos que seriam modificados na CLT. Meteoricamente transformou-se em diferente codificação, com proposta do Relator de alteração de mais de 200 dispositivos, num cenário de pouquíssima discussão com os sindicatos, obviamente que principalmente os profissionais, não sendo difícil concluir o imenso retrocesso propiciado à classe trabalhadora, como se vê no abalizado escólio que segue:

“a considerada CLT de 2017 não é nada além do que o resultado do aproveitamento de uma oportunidade, dada pela instabilidade política, para aumentar as margens de lucro do grande capital e fragilizar a classe trabalhadora” (Souto Maior, 2017)

Com efeito, por minha ótica, é avassaladora a Reforma para a classe trabalhadora, em nome de uma falaciosa modernização, que nada mais é que a maciça retirada de direitos conquistados ao longo de mais de um século de lutas e mobilizações!

Não sem razão, ainda tangenciando o histórico da CLT e a desastrosa novel legislação, obtempera o articulista:

(A CLT de 1943, como o próprio nome diz, foi a consolidação das leis do trabalho que já vinham em construção no país desde 1919 e, de forma mais intensa e programada, a partir de 1930, valendo lembrar que esse impulso dado na década de 30 foi o resultado dos estudos encomendados pelo governo a especialistas em relações de trabalho e Direito Social, quais sejam: Joaquim Pimenta, Evaristo de Moraes, Agripino Nazaré e Carlos Cavaco, além do industrial Jorge Street. Na elaboração da CLT, em 1943, novamente coube a uma comissão de estudiosos a elaboração do documento: Luiz Augusto de Rego Monteiro, Arnaldo Lopes Sússekind, Dorval de Lacerda, José de Segadas Vianna (Procuradores da Justiça do Trabalho) e Oscar Saraiva (Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio)...

a CLT de Temer foi construída à sorrelfa, sem qualquer estudo prévio, inclusive quanto a objetivos estruturantes. Não lhe cabe, portanto, o nome Consolidação das Leis do Trabalho, e sim, algo como Consolidação das Lesões do Trabalho, ou Consolidação dos Locupletamentos sobre o Trabalho, enfim.. SOUTO MAIOR, 2017)

Ademais, é despiciendo registrar que o Parlamento que traz à baila a Nova CLT está mergulhado em grande número de denúncias de corrupção em desfavor de seus membros, sendo composto em sua grande maioria por empresários, portanto grandes empregadores, ou por outros tantos lá colocados pelo grande capital.

Também enxergo considerável número de inconstitucionalidades e feridas a Convenções e Tratados Internacionais, mormente os da OIT, nunca se devendo olvidar que o *caput* do art. 7º da Constituição da República, antes de elencar em seus vários incisos os direitos constitucionais trabalhistas especificamente considerados, admoesta que afora os enumerados, de se esperar a vinda de outros que visem à melhoria de sua condição social, (do trabalhador), numa evidente declaração de adesão ao não retrocesso das conquistas sociais. Acrescente-se que a própria OIT já se manifestou especificamente sobre esta Reforma Trabalhista, denunciando a inexistência da intervenção tripartite dos atores da sociedade.

(Guilherme Feliciano, presidente da ANAMATRA, em artigo sobre a Reforma Trabalhista, informa pronunciamentos da OIT, nos seguintes termos:

“Em 11.7.2017, com responsividade, objetividade e presteza, a Organização Internacional do Trabalho respondeu à consulta de 16 de junho, por sua diretora Corinne Vargha (do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho), obtemperando, entre outras coisas, o seguinte (em tradução livre do castelhano):

[...] a adoção de um projeto de lei que reforma a legislação trabalhista deveria ser precedida por consultas detalhadas junto aos interlocutores sociais do País.

[...] os Estados-membros têm a obrigação de garantir, tanto na lei como na prática, a aplicação efetiva dos convênios ratificados, motivo pelo qual não se pode validamente rebaixar por meio de acordos coletivos ou individuais a proteção estabelecida nas normas da OIT ratificadas e em vigor em um determinado país.

[...] A CEACR recordou que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para obter um acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam ainda mais favoráveis [ao trabalhador] que os previstos na legislação. A esse respeito, a CEACR sublinhou que, se bem que disposições legislativas pontuais, relativas a aspectos específicas das condições de trabalho, poderiam prever, de maneira circunscrita e motivada, sua derogabilidade por via da negociação coletiva, uma disposição que instituisse a derogabilidade geral da legislação laboral por meio da negociação coletiva seria contrária ao objetivo de promoção da negociação coletiva livre

e voluntária prevista pela Convenção [n. 98] e confiou, por conseguinte, em que os alcances do artigo 4º da Convenção [n. 98] serão plenamente.

tomados em consideração no marco do exame [legislativo] dos mencionados projetos de lei.” (grifos originais)⁹

A Declaração de princípios de Direito do Trabalho da OIT (1998) esclarece muito bem que os países membros, embora não tenham ratificado suas Convenções, estão compromissados, por força do que determina a Constituição da Organização, a promover os direitos fundamentais no trabalho. E destaca que a OIT *“sublinha que as normas do trabalho não deveriam utilizar-se com fins comerciais protecionistas e que nada na presente Declaração e seu seguimento poderá invocar-se nem utilizar-se de outro modo com esses fins”*. FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA, 2017)

Outrossim, merece nótula a falta de respaldo popular da Reforma, que se pode ver, dentre outras, na Câmara Alta, o Senado Federal, conforme notícia a pesquisa abaixo, coletada do próprio sítio eletrônico do Senado Federal:

“Você apoiaria essa proposição?”. Pois bem, no momento exato em que são redigidas essas palavras – 24.5.2017, 15:24:37 – a enquete conta com 133.253 votantes, dos quais 127.708 responderam “NÃO” à pergunta e outros 5.545 responderam “SIM”. A pesquisa do Senado revela, assim, que a proposta de “Reforma Trabalhista” possui, atualmente, 95,84% de rejeição, contra 4,16% de apoio. Talvez seja mesmo o caso de ouvir a sociedade de rever o texto, para o bem do Brasil e dos brasileiros. FLÁVIO DA COSTA HIGA, 2017, p. 210)

Ainda em relação a inconstitucionalidades presentes no texto, de se mencionar:

(Por fim, a lei em questão, também não possui legitimidade porque fere os princípios constitucionais da prevalência dos Direitos Humanos, da progressividade (melhoria da

condição social dos trabalhadores) e da função social da livre iniciativa, da propriedade e da economia, com vistas à construção da justiça social. SOUTO MAIOR, 2017).

Também falaciosas as justificativas da razão de ser da Reforma Trabalhista, pois eliminação da insegurança jurídica não ocorrerá, mas ao reverso, vai ao chão a malha protetiva do obreiro; geração de empregos, ou redução de empregos é ilusão, pois o que gera emprego é o crescimento econômico e o que foi posto nada mais restou que a normatização da precarização do emprego; não redução de direitos sem dúvida houve, mas para a classe patronal, pois este articulista terminaria o presente trabalho e não esgotaria o rol de perdas sofridas pelo trabalhador com tal reforma; correspondência plena com a Constituição não houve, como acima já mencionado; flexibilização sem dúvida ocorreu, mas o beneficiário foi sem dúvida o empregador, como se verá com o exame do trabalho intermitente; modernização da legislação, acompanhando a evolução tecnológica ocorreu, sem dúvida, mas ficou em xeque a proteção constitucional do trabalhador em face da automação; fortalecimento da atuação sindical mais parece piada de mal gosto, que sequer merece delongas neste limitado texto, pois sequer uma linha foi dedicada, como se viu acima, especificamente no que tange ao Contrato de Trabalho Intermitente, a qualquer participação sindical.

Referidas justificativas para a presente Reforma Trabalhista são desnudadas de forma acre e assertiva nas considerações que seguem:

(Do ponto de vista teórico, portanto, não se pode querer adaptar os princípios e objetivos do Direito do Trabalho aos desajustes econômicos, de modo a corroborar a vontade do setor empresarial de reduzir seus custos por meio da diminuição de direitos dos empregados, ou, validar, juridicamente, de forma generalizada, o subemprego, na ilusão de que se esteja, com isso, ampliando o acesso de mais trabalhadores ao mercado de trabalho, até porque com essa estratégia mantém-se fora dos necessários questionamentos os desajustes da ordem econômica, nos planos da produção, da circulação, da distribuição e das políticas públicas...

Como explica Mario de La Cueva, "...la parte medular de la doctrina que niega a la relación de trabajo origen y naturaleza contractuales es la afirmación de que el trabajo humano no puede ni debe quedar sujeto al derecho de las obligaciones y

de los contratos, que es un derecho para las cosas, a diferencia del derecho del trabajo que es un derecho para los hombres” SOUTO MAIOR, 2017)

Não bastassem as gritantes feridas às normas constitucionais e Convenções da OIT, também restam escoriados os princípios do Direito do Trabalho, como se pode observar da construção doutrinária que segue:

(Os princípios jurídicos conferem sistematicidade ao Direito e, sobretudo, ao campo em que operam, servindo de fundamentos e, ao mesmo tempo, de critérios de interpretação. Os princípios se relacionam entre si, complementando-se mutuamente, e espargindo sua lucipotência às demais normas (regras), como leis, decretos, resoluções, portarias, instrumentos coletivos de trabalho, sentenças normativas etc. Assim, é que se entende, por exemplo, o caráter complementar do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas com o primado da proteção ao hipossuficiente e da prevalência da norma mais benéfica.

Os princípios são repositórios de valores, donde afirmar-se com tranquilidade que são fortes em expressão axiológica. O principal valor inculcido nos princípios trabalhistas é a justiça, em sua expressão social (justiça social) e individual (equidade). A Lei nº 13.467/2017 deve ser interpretada à luz dos princípios consolidados no Direito do Trabalho.

Princípio da proteção do hipossuficiente:

Uma vez que a Lei nº 13.467/2017 se reporta ao direito comum, o qual, ainda por cima, tem sido reivindicado pelos reformistas para afastar as disposições trabalhistas, é de se lembrar os arts. 171-II e 157, Cód. Civil. O primeiro destes dispositivos elenca como anulável o negócio jurídico celebrado mediante **lesão**. De seu turno, o art. 157, CC, explicita o que seja “lesão”, num conceito que calha bem às diversas hipóteses de pactuação e alteração do contrato de trabalho:

“Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores

vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

1. § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.” (FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA, 2017, p. 4)

Ainda na seara dos princípios trabalhistas é possível tomá-los um a um, como o fez o autor acima citado, e demonstrar como tal Reforma os vilipendia, sem qualquer pejo, seja o princípio já mencionado, da proteção do hipossuficiente, sejam os demais, a saber: Princípio da norma mais favorável ao trabalhador; Princípio da condição mais benéfica; Princípio da autodeterminação coletiva; Princípio da prevalência do negociado sobre o legislado — sem que haja o retrocesso das conquistas sociais; Princípio da razoabilidade; Princípio da irredutibilidade salarial; Princípio da irredutibilidade dos direitos trabalhistas; Princípio da continuidade da relação de emprego; Princípio da primazia da realidade; Princípio da substituição automática das cláusulas contratuais; Princípio da boa-fé; Princípio da intervenção mínima.

Mas como repisado, sendo o tema que me foi atribuído o do Trabalho Intermitente, restrinjo-me a recomendar ao leitor o debruço sobre referido estudo do autor imediatamente acima indicado, cuja fonte consta nas referências bibliográficas deste trabalho.

2. O TRABALHO INTERMITENTE NA REFORMA TRABALHISTA

Embora não tão longo o normativo a respeito do trabalho intermitente, como lançado no início deste texto, a saber, (um artigo, dez parágrafos e cinco incisos), não é pretensão minha fazer necessariamente um comentário de cada um deles, mas do espírito geral dessa forma de labor, obviamente que não me furtando a, aqui e acolá, fazer menção específica ao artigo, alguns dos parágrafos ou incisos que dela cuidaram.

Não há como não se espantar com a incoerência estampada logo de início, na tentativa de se lançar uma definição de trabalho intermitente, ao se deparar com um choque com um dos elementos essenciais do contrato de trabalho, a saber, a não eventualidade. Como se dizer não eventual contrato cuja quantidade de horas, dias, semanas, ou meses de trabalho ficam em aberto, de acordo com o risco do empreendimento, que é ínsito ao empregador e que doravante passa a ser incoerentemente dividido com o trabalhador, sem

que este galgue a condição de sócio, muito ao reverso, tendo daqui para frente que encarar a chamada jornada zero hora?

Assim, *ab initio*, já se ferem duas balizas da relação de emprego, a não eventualidade e a não participação do empregado nos riscos do empreendimento. Como compatibilizar com as definições de empregador e empregado, insertas, respectivamente, nas cabeças dos arts. 2º e 3º da CLT? O argumento de que haveria benefício para o empregado pelo fato de ele poder conciliar dois ou mais empregos é frágil, pois embora formalmente possa recusar uma convocação patronal para determinada jornada, sem que fique descaracterizada a subordinação, na prática, num mercado de alto índice de desemprego, cada recusa é uma pá de areia que o obreiro cava para sua própria sepultura, qual seja, a despedida e o conseqüente desemprego, pela recusa de comparecimento na conveniência do patrão que o convocou.

Vale o registro das discrepâncias outras que essa novel forma de contratação traz em seu bojo:

(...inconsistência da regulação trazida na Lei n. 13.467/17, quando diz que em qualquer atividade e para não importa qual serviço pode-se firmarem contratos intermitentes. Ora, se o primado é o da relação de emprego, para atender ao postulado da melhoria da condição social dos trabalhadores e favorecer o desenvolvimento econômico socialmente sustentável, não é possível conceber que a intermitência seja posta em paralelo com a relação de emprego pleno, pois isso apenas incentiva uma concorrência fratricida entre os empregadores, favorecendo os que meramente almejam uma redução de custos, destruindo toda possibilidade de organização do modelo. Mesmo do ponto de vista estritamente lógico, se a formação do contrato intermitente não estiver ligada à intermitência do serviço, em correspondência com uma demanda muito peculiar, todas as relações de emprego pleno poderão ser substituídas pelos contratos intermitentes. Assim, se teria uma empresa cuja atividade não está relacionada a qualquer demanda intermitente, atuando 24 horas por dia, sem possuir um empregado efetivo sequer, o que, claro, depõe contra a lógica da intermitência, pois daí o que resultará será a mera fraude, caracterizada pela relação falseada entre uma atividade permanente e vários trabalhos

intermitentes, atraindo a aplicação do art. 9º da CLT.

“Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” SOUTO MAIOR, 2017)

Nada obstante haja iniciado este texto com a menção literal das normas que trataram do Trabalho Intermitente, vale fazer síntese para inculcar a essência da nova forma de contrato, que é o dito Contrato de Trabalho Intermitente, sendo tal aquele:

(em que a prestação de serviço, com subordinação, não é contínua, ocorrente com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador (art. 443,§ 3º)... deve ser celebrado por escrito, com especificação do salário-hora, que não poderá ser inferior ao mínimo ou ao devido aos demais empregados que exerçam a mesma função (Art. 452-A, caput). Ademais, o empregador deve convocar o empregado para a prestação de serviços – informando a jornada a ser cumprida – com pelo menos três dias corridos de antecedência (§1º), cabendo a ele responder ao chamado em um dia útil, presumindo-se recusada a oferta em caso de silêncio (§2º), sem que isso descaracterize a subordinação (§3º). Além disso, a lei estabelece multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração devida para o caso de descumprimento do pactuado (§4º), esclarece que o empregado pode prestar serviços a outros contratantes nos períodos de inatividade (§5º) e deve auferir (§6º), depois de cada período de prestação de serviços e mediante recibo discriminado (§7º), a remuneração acrescida de férias mais 1/3, 13º salário, RSR e adicionais legais. Finalmente, impõe o recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS e a entrega da documentação comprobatória ao empregado (§8º) e “garante” o direito à fruição de um mês de férias, depois de completados doze meses de sua contratação (§9º). FLÁVIO DA COSTA HIGA p. 202)

Após a didática síntese das previsões do contrato de trabalho intermitente, já se abeberando do direito comparado, o acima citado autor

lança oportuna crítica, de que dela ainda me valerei, para fazer menção a países outros, que não somente os que abaixo são mencionados, onde se observam as mesmas ponderações que abaixo faz o articulista:

(Não há nada de original na ideia de tentar regulamentar o trabalho intermitente no Brasil. Com efeito, tanto o Projeto de Lei n. 3.875, de 2012, quanto o Projeto de Lei do Senado n.218, de 2016 – com redações similares e justificações quase idênticas entre si – investiram no tema, ao fundamento de que “o mundo do trabalho moderno ganhou feições, exigências, necessidades e circunstâncias que carecem de regulamentos próprios, para proteger o trabalhador e a empresa.” Em ambas as proposições, invocam-se as experiências do direito italiano e português – que somem no projeto atual, não sem razão – para legalizar essa modalidade de contrato atípico. FLAVIO DA COSTA HIGA 2017 p. 202.)

Como canto da sereia lança-se a assertiva de que somente com a implementação do contrato de trabalho intermitente serão gerados, nos próximos 10 anos, algo em torno de 14 milhões de novos postos de trabalho, dos quais 3 milhões serão no comércio, isso sem se considerar a imensa gama de trabalhadores informais que adentrarão na formalidade...Conversa para inglês ver! Conjectura, sem respaldo científico para sustentá-la! Também há um discurso, ao estilo de Odorico Paraguassu, personagem de Dias Gomes, em O Bem-Amado, de que com a chegada do Trabalho intermitente escancaradas estariam as portas para o primeiro emprego, o que por via de consequência esparcaria a evasão escolar, com o incremento da renda familiar. Ao mesmo tempo, garantem os defensores da Reforma no tópico em exame que, ao contrário de vir a ter um efeito precarizante e depauperador para os postos de trabalho já existentes, o Trabalho Intermitente tão somente regularizará situação que já existe na prática, tendo o condão de retirar da clandestinidade dezenas de milhares de trabalhadores informais, não só os mais jovens, como os de mais de 50 anos, propiciando-lhe dignidade e cidadania, afirmação tão verdadeira quanto ter sido outra pessoa, que não o prefeito de Sucupira que inaugurou com seu cortejo fúnebre o cemitério da cidade, ou que o personagem de Lima Barreto, que ensinava javanês, sabia uma só palavra do

idioma daquela ilha de Java... Mera ilusão! Doravante, o empregador que não tiver a noção da função social do contrato não vacilará duas vezes para, tanto quanto possível, trocar seu quadro de empregados efetivos por moribundos trabalhadores de contrato de trabalho temporário, que de imediato sofrerão perda salarial, ao mesmo tempo em que, sem congregarem a condição de sócios, muito menos fruírem qualquer vantagem de tal condição, passarão a dividir com o patrão os riscos do empreendimento, como já dito, mas ora enfatizado, em total arrepio das mais mezinhas lições do Direito do Trabalho e das características do contrato de trabalho. Nasce um monstro, que não se insere nem na verdadeira Ciência do Direito do Trabalho, muito menos no Direito Civil, ou mesmo no Direito Empresarial, que oscila em retomar o nome de Direito Comercial ! Parte-se, pois, da “boa intenção”, da qual dizem que o Inferno está cheio, para a possibilidade prática de benefícios de fato serem trazidos para o trabalhador, a saber, o fomento do emprego, por intermédio do Trabalho Intermitente, como se adverte a seguir ser propósito da nova lei a implementação de:

(...valores ansiados por todos, quais sejam a modernização sem precarização, o pleno emprego, a formalização de pessoas em situação de subemprego, o fomento à obtenção do primeiro emprego, a erradicação da evasão escolar, o incremento da renda familiar etc. Assumido o pressuposto de que há – no plano axiológico – aspirações comuns, é imperioso escrutinizar os argumentos contrários, a fim de analisar se o texto proposto tem o condão de atingir o desiderato a que se propõe. O tópico subsequente tenciona, pois, proceder à análise da “ adequação entre fins e meios”, já que, como advertia Paracelso, *dosis sola facit venenum - rectius*, “ a diferença entre o remédio e o veneno está apenas na dose.” FLAVIO DA COSTA HIGA, 2017, p. 203)

Os vícios do Trabalho Intermitente, muito mais que suas virtudes, se é que as tem, são repisados a seguir, como já mencionei acima, no choque frontal que se constata com os princípios do Direito do Trabalho e com a própria noção jurídica do que vem a ser uma relação de emprego:

(A moldura jurídica engendrada para o “ contrato de trabalho intermitente” abala, sem sombra de dúvida, os alicerces atuais do Direito do Trabalho, em diversos aspectos. O

primeiro deles advém do fato de os arts. 443, § 3º e 452-B obliterarem a habitualidade – ou não eventualidade – como elemento caracterizador da relação de emprego. Isso porque “independentemente da pessoalidade ou da subordinação, aquele que presta serviços em caráter eventual não é empregado. É, na realidade, por oposição à definição, um trabalhador eventual.” Sabe-se, assim, que “a eventualidade baseia-se numa ideia de imprevisibilidade de repetição.” Todavia, o texto aprovado coloca o trabalhador intermitente numa posição ontológica de incerteza, na qual pode permanecer por dias, semanas ou meses sem jamais ser convocado. Mesmo assim, mantém a essência da relação de emprego, mediante referência expressa ao vocábulo “empregado” em repetidas oportunidades (arts.443, § 3º, art. 452-A, §§ 2º,5º,6º,8º e 9º), sem alterar a redação do art. 3º da CLT. Concebe, assim, uma antinomia interna no texto consolidado, porquanto alguém não pode “ ser e não ser” ao mesmo tempo. Outro aspecto relevante diz respeito à ruptura do conceito legal de empregador, como aquele que assume “os riscos da atividades econômica” (CLT, art. 2º, caput). Ao sujeitar a própria prestação de serviços – e a consequente percepção de contraprestação pecuniária – à existência de demanda, transfere-se, ex vi legis, parte do risco do empreendimento, uma vez que a própria onerosidade contratual só se verificará se – e quando – o empregador tiver trabalho a oferecer...Mas não é só. Além da necessidade de haver demanda pela prestação de serviços, o empregado deverá contar com a boa vontade do empregador para selecioná-lo – de modo absolutamente potestativo – em meio a um número irrestrito de candidatos sequiosos pela chamada, ou seja, o contrato conterà condição que sujeita a sua execução ao puro arbítrio do contratante, algo que o ordenamento condena (CC,art.122)... O nosso protótipo baseia-se precipuamente na concepção do zero-hour contract, mais famoso no direito inglês, em que pese ter sido adotado também em outros países de matriz anglo-saxônica, tais como Canadá e Austrália, que contam com alguns dos mais baixos índices de proteção legislativa aos empregos temporários. A expressão “contrato de zero hora”...não há garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário. Por isso, aliás, Silva reputa “maliciosa” a nomenclatura escolhida, “porque não representa um contrato de trabalho esporádico ou intervalar”, mas sim a inclusão do trabalhador em um cadastro que pode dissimular estatística sobre o desemprego... Ele não

estabelece salvaguardas ao “empregado”. FLAVIO DA COSTA HIGA, 2017. p. 203, 204)

Sobejam na doutrina mais abalizada críticas que se repetem sobre as máculas do Trabalho Intermitente. Recorro-me de outra, que não as já acima citadas, que vai no mesmo prumo, para que não se diga que são isoladas as opiniões que rechaçam a forma como o Brasil adotou, ou importou dito novel contrato:

(O setor patronal brasileiro faz muita referência ao Direito norte-americano para justificar a reforma trabalhista no Brasil. Pois bem. Nos Estados Unidos, o trabalho intermitente (*on call employment*) é realizado sob algumas cautelas salariais. É comum que os empregadores exijam que os trabalhadores permaneçam à disposição da empresa, no local de trabalho ou próximo dele, além do horário normal de trabalho, para que atendam a eventuais necessidades do serviço. Neste tempo, tais trabalhadores só serão chamados se os que estiverem trabalhando não forem suficientes (critério da supletividade). É possível que alguns “plantonistas” permaneçam no local de trabalho, enquanto outros não. Em um ou outro caso, os trabalhadores devem permanecer aptos a retornarem ao serviço, sendo-lhes proibida, por exemplo, a ingestão de bebida alcoólica ou de drogas. Este “tempo de espera” (*on call*) deve ser compensado com remuneração adequada, quer o trabalhador esteja no local de trabalho, em local indicado pelo empregador, nas proximidades ou em outro no qual possa ser contactado para a chamada. A remuneração mínima, pelas horas de espera, é o valor do salário mínimo-hora da Região. Também há o direito a remuneração, como se trabalhando estivesse, nos casos em que a empresa exige que o trabalhador permaneça de uniforme ou com instrumentos de trabalho próprios da atividade laboral...

O modelo proposto pelo PLS 218/2016 desestrutura a arquitetura da relação de trabalho no Brasil. Flexibiliza um dos patamares aqui consolidado, que é a definição prévia de jornadas concentradas; atenua a fixação do empregado na empresa; cria no empregado a figura do trabalhador-objeto, totalmente descartável, que só é importante para a empresa enquanto lhe for útil; e não assegura nenhuma participação dos sindicatos no acompanhamento desses contratos nem na proteção aos trabalhadores...

Na prática, é precarização pura, contrariando a jurisprudência da Justiça do Trabalho, que proibia (e ainda proíbe) sua prática no Brasil, ante a ausência de lei específica que o autorizasse. O modelo veio para cá através de multinacionais, especialmente os *fast-foods*, despontando o McDonalds, já condenado diversas vezes pelo Judiciário brasileiro.

É falacioso dizer que esse modelo vai gerar emprego. Pelo contrário, vai precarizar o emprego existente, pois as empresas vão substituir os atuais trabalhadores (fixos a tempo pleno) por novos empregados que se submetam ao regime intermitente. O Projeto não traz nada que impeça essa possibilidade, a qual a história da legislação obreira já detectou em outros momentos da história deste país, com substituição de mão-de-obra efetiva por temporária. O PLS 218/2016 poderia ter estabelecido, ao menos, um percentual mínimo de trabalhadores em tempo integral fixo, a fim de evitar que todos sejam intermitentes..

Também é falacioso dizer que o empregado poderá ter mais de um emprego. Veja-se o caso de jornada intermitente: Primeiro, o trabalhador terá de compatibilizar as jornadas e os períodos em mais de uma empresa, o que não será fácil, porque haverá esfacelamento que dificultará o planejamento, além de ficar sujeito a ser convocado por uma delas exatamente no período da outra. Segundo, as condições físicas e de transporte do empregado complicarão o deslocamento e a disposição de saúde. Como o modelo cria uma redução nos valores dos salários, o empregado tenderá a demandar algo que complemente sua renda. Mas isso não significa que, de fato, ele tenha condições de fazê-lo, nem que outras empresas o aceitem, sabendo que ele tem seu dia comprometido com outra. Depois, embora ele trabalhe só 06 horas, por exemplo, na verdade fica à disposição da empresa o dobro deste tempo, o que impede sua disponibilidade de trabalhar noutro local. (FRANCISCO GERSON MARQUES DE LIMA, 2017, p. 3, 5, 6)

2.1 Direito Comparado

Embora a parte conclusiva da citação derradeira já haja feito inicial consideração sobre trabalho intermitente em outro país, passo a mencionar, de forma sucinta, legislações alienígenas, onde se vê a presença de tal forma

de trabalho. O que ocorre é que a legislação brasileira pinçou somente a parte que deixa mais vulnerável o trabalhador e mais a cavalheiro o empregador, enquanto nas legislações estrangeiras houve o cuidado de serem criados mecanismos de proteção ao obreiro, quando regulado por referido tipo de contrato. Senão vejamos o que nos apresenta a doutrina. Na Nova Zelândia, país de menor corrupção no mundo:

(... o zero-hour contract passou a integrar o ordenamento por intermédio do Employment Relations Act 2000. O mecanismo era extremamente criticado pelo fato de não trazer benefícios aos trabalhadores, apenas exploração, na medida em que não lhes garantia remuneração mínima necessária à subsistência e ainda os sujeitava à disponibilidade 24/7 – rectius, 24h por dia, 7 dias por semana. Por isso, a notícia do banimento, por votação unânime do Parlamento, do zero-hour contract foi muito bem recebida. A partir da aprovação do Employment Relations Amendment Act 2016, os contratos de trabalho têm de especificar o mínimo de horas de trabalho garantidas, os dias da semana em que o trabalho será executado, o horário do início e do final da jornada e algum tipo de flexibilização no que concerne aos dois itens anteriores... na Itália, onde o art. 13 do Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81, remete aos contratos coletivos a tarefa de individuar as exigências para implantação do trabalho intermitente, mas permite a celebração de tal contrato em qualquer hipótese para as pessoas com menos de 24 - para o trabalho desenvolvido até os 25 - e mais de 55 anos de idade... A garantia de que o cadastro perante potenciais empregadores não desse ao trabalhador desempregado um simples “contrato de papel”, no qual a ele seria dada apenas a ilusão de um emprego e, ao Estado, um instrumento sórdido de manipulação de estatísticas sobre o desempregado, seria a criação de previsões legais que assegurassem ao trabalhador uma renda mínima - com a prestação de serviço correspondente, por óbvio - a fim de elidir o caráter completamente aleatório de tal contrato. Esse recurso legislativo tornaria todo contrato dessa estirpe verdadeiramente “intermitente”, porquanto haveria certeza do trabalho, conquanto permanecesse a incerteza em relação à quantidade de horas, dias, semanas etc.

Na Alemanha, o Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge determina que empregadores e empregados

devam acordar sobre o trabalho a ser executado de acordo com a demanda. Porém, se a duração do trabalho semanal não for fixada, presume-se acordada a duração do trabalho por dez horas. Além disso, se a jornada não houver sido estabelecida, o empregador é obrigado a conceder trabalho por, no mínimo, três horas a cada dia...No mesmo sentido, o art.159º do Código do trabalho de Portugal também traz uma garantia mínima de serviço / renda ao trabalhador, nos seguintes termos:“Art. 159. Período de prestação de trabalho. 1 — As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele. 2 — A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos.”

Além de estabelecer uma contrapartida mínima ao trabalhador, a estipulação desse tipo de garantia manteria alguma coerência a integridade à CLT, uma vez que o empregador continuaria a assumir — ainda que de forma mitigada — os riscos da atividade econômica (CLT, art. 2º, caput). No que tange à necessidade de o trabalho ser “não eventual” para caracterizar a relação de emprego, entretanto, não há como emprestar tal taxonomia ao “contrato de trabalho intermitente” sem a inserção de um parágrafo ao art. 3º da CLT que contemple a exceção...

Finalmente, se é verdade que um contrato precário pode facilitar as chances de ingresso no mercado de trabalho, da mesma forma ele não deve ser o “fim da linha” para ninguém. Sob esse prisma, a legislação do trabalho deveria fomentar não apenas o acesso ao primeiro emprego, mas também a convocação dessa modalidade contratual em um contrato de trabalho por prazo indeterminado, capaz de garantir ao trabalhador o seu sustento e o de seus familiares de forma digna. Mais uma vez, a Itália — outrora modelo de contrato intermitente para o Brasil — é que nos fornece um exemplo...

Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81, limita o labor intermitente a 400 dias de trabalho efetivo durante o período de 3 anos civis, findo o qual o contrato passa a ser por prazo indeterminado... FLAVIO DA COSTA HIGA, 2017. p. 205 a 209)

Uma nótula que não pode deixar de ser registrada é que, diferentemente do Direito Comparado acima fartamente lançado, no Contrato de Trabalho Intermitente brasileiro não cuidou o legislador de vedar a migração de empregados garantidos por contrato por prazo indeterminado para passarem a compor o rol de trabalhadores celebrantes de Contrato de Trabalho Intermitente. Distração do legislador pátrio???

A possibilidade de elastério restou entregue de bandeja ao empregador! Outro ponto que destoa do cenário alienígena: em descompasso com o que fora a fundamentação do projeto de regulamentação do contrato de trabalho intermitente na Reforma Trabalhista brasileira, a promessa de que tal novel tipo de contrato se destinaria aos setores de bares e restaurantes, ou de turismo, por comportarem essa variação na necessidade maior ou menor da quantidade de força de trabalho, ficou só nas intenções, vez que uma letra sequer mencionou a lei nesse sentido, podendo se concluir que toda e qualquer atividade empresarial pode adotar o Contrato de Trabalho Intermitente, à exceção dos aeronautas (art. 443, em seu parágrafo 3º).

Outro ponto que merece registro. Denunciando mais uma vez a forma atabalhoada e às carreiras com que veio à baila a Reforma Trabalhista como um todo, o Senado Federal, preocupado em não lançar alterações no texto, mas ao reverso, o veto e posterior correção por intermédio de medida provisória, de tal sorte a espancar a necessidade de retorno do Projeto à Casa Iniciadora, sequer se sensibilizou com a consulta em seu sítio eletrônico, acima já mencionada, denunciando mais de 95% de rejeição popular ao projeto, muito menos foi sensível ao documento assinado por 17 ministros do TST, portanto mais de 62,9% de sua composição de 27, que estiveram pessoalmente na Câmara Alta para fazer entrega ao Presidente da Casa de dito termo em que apontavam impropriedades em pontos da Reforma e pediam do Senado debruço mais detido e consonante com o ordenamento jurídico pátrio. Debalde. Limitou-se o Senado, em seu parecer, a declinar que “futura medida provisória deve conceder salvaguardas necessárias para o trabalhador e talvez delimitar setores em que este tipo de jornada vai ser permitida”. Ora, é de sabença que a iterativa jurisprudência do STF compreende que o retorno do projeto à casa iniciadora somente é necessário quando a emenda parlamentar gerar modificação no sentido da proposição jurídica, caracterizando um projeto novo, o que não seria o caso dos retoques que o Senado poderia ter feito. Ao reverso, priorizou o “vamos-que-vamos. Ressalte-se que a medida provisória com referido objetivo foi editada sob o nº 808, em 14 de novembro de 2017, e perdeu sua vigência no dia 23 de abril de 2018.

De ser mencionado, em desacordo com os propósitos anunciados na Reforma, o total escanteio que foi dado à atuação sindical, especificamente no que se refere ao Contrato de Trabalho Intermitente. Nada fala a legislação específica a respeito. Ou seja, o fortalecimento da atuação sindical, como um dos propósitos do legislador, passou longe do contrato em exame, diversamente do que acontece com o art. 1º da Lei n. 9.601, de 21/01/1998, a qual estabelece que as contratações ali previstas sejam instituídas por “convenções ou acordos coletivos de trabalho” (contrato por prazo determinado independente das condições do parágrafo 2º, do art. 443 da CLT, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa — os chamados Contratos por Prazo Determinado Instituídos por Convenções e Acordos Coletivos).

Longe de pretender esgotar o tema, mas à guisa de derradeira consideração, nada impedia que o legislador houvesse estabelecido que a multa devida pelo empregado diante da ausência após a aceitação da oferta, como previsto no art. 452-A, parágrafo 4º, viesse a ser tratada como falta injustificada e obviamente seus consectários, o que é a regra em relação aos demais empregados, nas outras formas ordinárias de relação de emprego...

Tudo acima dito são meras opiniões, sobre as quais razão não pretendo ter, seja parcial, seja integral, daí findar este singelo trabalho me socorrendo do orador romano: “*Oh, filosofia, guia da vida! Oh, tu que persegues a virtude e escorraças os vícios! O que seríamos, nós e todas as eras dos homens, sem ti?*” Cícero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A Boa-fé no Contrato de Emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CESARINO JR., Antônio Ferreira. *Direito Social brasileiro*. Vol. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

LIMA, FRANCISCO GÉRSO MARQUES DE.– www.excolasocial.com.br.

- *Convite ao Estudo da Hermenêutica em Direito do Trabalho*

- *Trabalho Intermitente (acesso em 20.07.2017)*

SOUTO MAIOR, Jorge Luís. www.jorgesoutomaiorm.com/blog/a-clt-de-temer-

cia-ltda. 15.07.2017 (acesso em 20.07.2017.)

HIGA, Flávio da Costa. *Reforma Trabalhista e Contrato de Trabalho Intermitente: Uma Tentativa de Aproximação Dialógica Junto ao Senado*. São Paulo: Suplemento Trabalhista LTr, 043/2017

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm

O GRUPO ECONÔMICO NO DIREITO DO TRABALHO E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Eneida Melo Correia de Araújo*

Resumo:

No estudo do Direito do Trabalho, compreender a empresa implica a idéia de que se trata de uma organização criada para atingir fins específicos, os quais, na generalidade, não prescindem da presença do homem, o trabalhador. Como desdobramento dessa questão jurídica, a configuração do grupo econômico sempre representou um dos eixos das preocupações do Direito do Trabalho. A Lei n. 13.467/2017 que promoveu mudanças na legislação trabalhista exige, para a configuração do grupo econômico, a presença de interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas que o compõem. É neste contexto que se pretende oferecer algumas notas alusivas ao Grupo Econômico e aos seus princípios norteadores no quadro das relações de trabalho.

Palavras-Chave: Grupo Econômico. Princípios Norteadores. Responsabilidade Solidária.

Sumário: 1. Introdução. 2. Empresa e Empregador. 2.1 Empresa. Conceito. 2.2 Empregador. Conceito. 3. Princípios Norteadores do Grupo Econômico. 3.1 Princípio da Primazia da Realidade. 3.2 Princípio da Boa Fé Objetiva 3.3 Princípio da Solidariedade. 3.4 Princípio da Função Social da Propriedade. 4. Grupo Econômico. 4.1 Grupo Econômico. Configuração. 4.2 Grupo Econômico. Responsabilidade Solidária. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A forma moderna e prevalente de utilização do trabalho humano, com fins econômicos, ocorre por intermédio da empresa, em face da qual o homem

* Desembargadora Federal do Trabalho. Doutora em Direito do Trabalho

coloca suas energias à disposição de outrem, de forma pessoal, continuada, remunerada e em geral, subordinada. E na medida em que o trabalho humano não pode ser reputado como elemento dispensável ao processo de criação econômica pode-se avaliar a dimensão social e jurídica daquele que utiliza os serviços do homem.

Para o Direito do Trabalho, entender a empresa implica a idéia de que se trata de uma organização criada para atingir fins específicos, os quais, na generalidade, não prescindem da presença do homem, o trabalhador. Como um desdobramento dessa questão jurídica, a configuração do grupo econômico representa um dos eixos de preocupação dos estudiosos desse ramo jurídico.

A Lei n. 13.467/2017, que promoveu alterações na legislação trabalhista, exige para a configuração do grupo econômico a presença de interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas que o compõem. É neste contexto que se pretende oferecer algumas notas alusivas ao Grupo Econômico, os seus princípios norteadores e a responsabilidade que detém no quadro das relações de trabalho.

2. EMPRESA E EMPREGADOR

2.1 Empresa. Conceito

Alfred Hueck e H.C. Nipperdey aludem que o conceito de empresa é, sobretudo, econômico e que sua significação interessa a várias disciplinas e não apenas ao Direito do Trabalho¹. Destacam que o conceito de empresa econômica é mais amplo do que o de empresa laboral, com coincidência na maioria dos casos, e podem expressar diferentes lados de uma mesma realidade. Aludem que o aspecto decisivo é a unidade de fins remotos, os quais, em geral, não correspondem, sempre, a um fim econômico e à unidade de exigências a satisfazer. A empresa econômica seria uma unidade de organização determinada por um fim econômico ou ideal para o qual servem uma ou várias empresas laborais, unidas em uma organização².

A referência à empresa deve ser aqui compreendida como a modalidade de organização dirigida à produção econômica, criando bens, ou oferecendo serviços ao mercado, dotada de uma razoável hierarquia e um quadro de

1 HUECK, Alfred e NIPPERDEY, H.C. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Trad. Miguel Rodriguez Piñero e Luiz Enrique de La Villa, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 74.

2 *Cit.*, p. 74.75.

pessoal definido, com objetivos traçados pelo detentor do capital ou seus dirigentes. É a percepção inicialmente trazida pelo Direito Civil.

Oportuna a intervenção acerca da palavra “oferecer serviços”. Manuel Castelles assevera que o conceito de “serviços”, muitas vezes, é considerado ambíguo. E lembra que em estatística de emprego, tem sido usado como um conceito residual. Abarcaria tudo o que não é agricultura, mineração, construção, empresa de serviço público ou indústria. Incluiria, pois, atividades de todas as espécies, historicamente originárias de várias estruturas sociais e sistemas produtivos. E arremata: “A única característica comum dessas atividades do setor de serviços é o que elas não são”³.

Arnaldo Süssekind, por seu turno, afirma que a empresa corresponde a uma universalidade organizada para realizar um empreendimento. Essa universalidade vincula pessoas em várias modalidades de relações jurídicas, e dispõe de bens materiais e imateriais⁴.

Fiel a essas notas, o Direito do Trabalho, ao elaborar o conceito de empresa, o compreende como um organismo de produção que desenvolve suas atividades, que atende aos seus objetivos, mediante o emprego de vários elementos, entre os quais, o trabalho humano. A empresa seria uma organização destinada a alcançar um fim determinado, de viés econômico, mediante a utilização permanente ou esporádica da energia pessoal de trabalhadores, algumas vezes recorrendo também à prestação de serviços de pessoas jurídicas. Nessa unidade econômica de produção, direcionada ao mercado ou público consumidor, são seus elementos constitutivos: o capital (decorrente da formação de grupos de pessoas físicas e jurídicas), a técnica (a ser desenvolvida por um pessoal habilitado ou por meio de tecnologia moderna), os trabalhadores.

Para José Augusto Rodrigues Pinto, são elementos estruturais da empresa: a) o intelectual, representado pelo fim a alcançar mediante sua dinâmica; b) o humano, ou seja, a comunidade formada pelo dirigente e seus subordinados em diversos escalões hierárquicos; c) o material, que corresponde ao acervo de bens, em sentido amplo, indispensáveis aos objetivos da empresa⁵.

3 CASTELLES, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. V. I, 6ª ed. rev e ampl., São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 269.

4 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. rev. e atual., Rio – São Paulo – Recife - Curitiba: Renovar, 2010, p.215.

5 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 139.

Orlando Gomes e Élson Gottschalk dizem ser a empresa o meio natural onde se desenvolve o trabalho humano subordinado. Esse termo é usado em Economia Política em dois sentidos: o restritivo e o extensivo. Na primeira acepção, designa a empresa capitalista, que, essencialmente, se caracteriza pelo recurso ao trabalho alheio e pelo objetivo lucrativo que a orienta. No segundo sentido, a empresa seria toda organização direcionada a prover à produção, à troca, à circulação dos bens e dos serviços: "... a unidade econômica e jurídica na qual são agrupados e coordenados os fatores humanos e materiais da atividade econômica". E o contrato de trabalho tem em um dos polos dessa relação a empresa⁶.

Amauri Mascaro Nascimento esclarece que para o Direito do Trabalho, a importância da empresa, que também é sujeito de direito, resultaria de dois fatores principais: a empresa, enquanto participante do ordenamento jurídico e a empresa como o maior tipo contemporâneo de empregador. E esse segundo e mais relevante aspecto aponta para os contratos de trabalho⁷. Destaca que "... a empresa, na acepção objetiva, é a organização do capital e do trabalho que tem empregados e, na acepção subjetiva, é o centro de imputação de deveres e direitos trabalhistas derivados de norma jurídica". E pontua que pode ser entendida, por alguns, como equivalente a empresário e, portanto, sujeito de direitos. Outros distinguem a empresa, que corresponderia a objeto, e não a sujeito de direitos e deveres, caso em que empregador não seria a empresa, mas o empresário⁸.

Sobre a empresa capitalista, Luiz José de Mesquita diz que ela "... não visa a prestar serviços à comunidade, mas sim criar necessidades artificiais para vender seus produtos com o máximo de lucro possível" ⁹. Admite que a empresa é, também, local de produção econômica, da qual dependem economicamente os que nela ingressam: o empregador e os empregados e suas famílias, a par de fornecer grande parte de valores ao Estado para atender às políticas sociais da população¹⁰. Trata-se de ente de direito privado, hierarquizada, com função econômica e social, na qual as pessoas que nela intervêm não estão, funcionalmente, em igual plano¹¹.

6 GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*, Atualizadores José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa, 19ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 65.

7 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216-217.

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Cit.*, p. 217-218.

9 MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1991, p. 24-25.

10 *Cit.*, p. 28.

11 *Cit.*, p. 37.

Para Marcos Madeira de Mattos Martins, embora seja percebida a pluralidade de pessoas para configurar a empresa, não se trata de um padrão necessário, pois o empresário individual pode ser o único responsável por ela e somente ele exerça as atividades do empreendimento¹². E acrescenta que “a empresa pressupõe uma estruturação da atividade produtiva, objetivando o exercício regular de atos de produção e circulação de bens e serviços, bem como a gestão de seus atos negociais firmados com terceiros que estão vinculados na atividade da sociedade empresarial”¹³.

O Direito do Trabalho também não exige a presença de pluralidade de pessoas para que se constate a existência de uma empresa. Da mesma maneira que no Direito Civil, a empresa não está vinculada, necessariamente, às pessoas que a compõem, sendo elas um dos seus elementos.

O conceito de empresa, no Direito do Trabalho, acha-se alinhado aos parâmetros traçados pelo Código Civil, haja vista que o legislador alude à empresa individual ou coletiva que detenha atividade econômica. Daí, sempre que a pessoa física ou jurídica tiver objetivo econômico, ou seja, busque obter lucro decorrente da exploração da atividade desenvolvida, ela é empresa. A exploração econômica de determinada atividade pelo indivíduo, de forma artesanal, ou como um núcleo familiar, não ingressará na esfera da regulação do Direito do Trabalho se ausente um elo indispensável: a prestação de serviços de forma pessoal, subordinada e onerosa.

Maria Helena Diniz realça que também é empresário quem investe capital, com objetivo de lucro, no exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, com o concurso de auxiliares ou colaboradores para organizar projetos de engenharia, espetáculos artísticos, congressos científicos, certames desportivos etc.¹⁴.

Fábio Ulhoa Coelho lembra que pelo Código Civil de 2002 existem elementos indispensáveis para a conceituação hábil à composição da conduta do empresário. Entre eles estariam: “profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços”¹⁵.

E, com efeito, Código Civil estabelece não ser empresário quem exerça

12 MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. *A Empresa e o Valor do Trabalho Humano*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 48.

13 *Cit.*, p. 48.

14 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 611-612.

15 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que tenham auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966, parágrafo único).

2.2 Empregador. Conceito

De acordo com Arnaldo Süssekind é empregador, a pessoa física ou jurídica que, mediante uma relação reconhecida pelo direito, dirige a prestação de serviços do trabalhador, pagando-lhe com salários o trabalho utilizado¹⁶.

No Direito do Trabalho, o conceito de empregador, identificando-o como um dos pólos da relação de emprego, como o sujeito que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços de outra pessoa, não está ligado, apenas e necessariamente, a uma empresa. O empregador seria, portanto, o organizador dos fatores de produção que atuam no empreendimento. É quem assume os riscos do negócio, mesmo que este poder de direção possa vir a ser exercitado com a participação de empregados, o elemento humano integrante da empresa.

As pessoas que tenham atividade econômica ou produzam, como as empresas unipessoais, ou o produtor autônomo, desde que não recorram ao trabalho humano, não são regulamentados pelo Direito do Trabalho. A empresa ou pessoa a ela equiparada que a legislação trabalhista regula é a que desenvolve atividade com o auxílio de trabalhadores. Neste sentido, é o realce de Orlando Gomes e Elson Gottschalk¹⁷.

E Valentin Carrion destaca a integração do trabalhador no conjunto de bens materiais, imateriais e pessoais que objetivam a obtenção de um fim. Essa integração se opera independentemente do sujeito proprietário, ou daquele que possa vir a responder pelas obrigações jurídicas em determinado momento¹⁸.

No Direito do Trabalho, não há confusão entre empresa e o de empregador. É que o empregador revelar-se-á ou não como uma empresa individual ou coletiva, que desenvolve atividades econômicas. Em suma, o empregador não será, necessariamente, um empresário no sentido exigido pelo Código Civil. Da mesma forma, uma empresa, para outros ramos do direito positivo, pode não ser empregadora. E mais: fica assentada a idéia da despersonalização do empregador. Celebrado o contrato de trabalho, a

16 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed., rev. e atual. Rio - São Paulo - Recife - Curitiba: Renovar, 2010, p. 211.

17 GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, *Cit.*, p. 68.

18 CARRION, Valentin. "O Empregador". In *Manual de Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. Coord. Bento Herculano Duarte, São Paulo: LTr, 1998, p. 222.

responsabilidade pelo cumprimento das obrigações trabalhistas é da empresa, sendo irrelevante a pessoa à frente dos negócios. O ponto de referência de um dos polos da relação contratual não é a pessoa física ou jurídica do titular da empresa, mas o organismo de produção.

Arnaldo Süssekind ensina que diante dos conceitos trazidos pela ordem jurídica brasileira, sobretudo quanto às pessoas e aos negócios jurídicos, deve ser fixada, no Direito do Trabalho, a exegese que nega a subjetivação da empresa. Pondera que para a lei trabalhista os direitos e obrigações advindos do contrato de trabalho nascem em função da empresa, independentemente da pessoa física ou jurídica que possua o seu domínio¹⁹. Realça que o entendimento unânime dos elaboradores da redação final do projeto da CLT de 1943 foi o de reconhecer que os direitos e obrigações trabalhistas nascem, persistem e extinguem-se em razão da empresa²⁰. Essa também é a doutrina de Evaristo de Moraes Filho, para quem a despersonalização do empregador conduz ao reconhecimento de que o contrato de trabalho, uma vez celebrado, considera mais a empresa do que a pessoa que concluiu o negócio pelo lado patronal. E o princípio da despersonalização do empregador explicaria a continuidade do contrato de trabalho.²¹

No primeiro plano, para o Direito do Trabalho, o empregador é aquele que tem objetivo econômico, de lucro, portanto. Mas a legislação trabalhista equipara ao empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, pessoas físicas, profissionais liberais, empregadores domésticos, instituições de beneficência, associações recreativas, ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

A CLT disciplina, no art. 2º que “... empregador é a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. E no § 1º equipara ao empregador, “para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”. Como se observa neste último dispositivo, a norma jurídica refere ao empregador por equiparação, em face de possuírem os elementos que definem a empresa, e mesmo não desenvolvendo atividades com fins lucrativos, contratam pessoas físicas para serviços que atendem às suas necessidades permanentes.

19 SÜSSEKIND, *Cit.*, p. 213.

20 *Cit.*, p. 212-213.

21 MORAES FILHO, Evaristo. *Sucessão nas Obrigações Trabalhistas*. Rio: Forense, 1960, v.II, p. 131.

Na mesma linha da legislação civil (art. 966, parágrafo único), a lei trabalhista não afirma que são empresários os profissionais liberais, intelectuais, artistas, literatas, ainda que tenham o concurso de auxiliares e colaboradores desde que não desenvolvam atividade empresarial. O legislador equipara a um empregador esse elenco, para os fins da relação de emprego, sempre que contratem trabalhadores como empregados. Também é este o magistério de Gustavo Filipe Barbosa Garcia²².

A responsabilidade jurídica, econômica e social da utilização do trabalho humano no funcionamento da empresa é apontada por Amauri Mascaro Nascimento ao asseverar que o empresário pode ter várias empresas, e uma empresa pode ter vários estabelecimentos. “A responsabilidade pelo pagamento dos débitos trabalhistas é da empresa. O empresário responde solidariamente ou não na conformidade com os critérios definidos pela legislação em cada país”²³.

O tema, portanto, exige que se aluda aos princípios norteadores do Grupo Econômico, em que se destacam o da Primazia da Realidade, da Boa Fé Objetiva, da Função Social da Propriedade, da Dignidade Humana e o da Solidariedade.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO GRUPO ECONÔMICO

É pertinente o pensamento de J.J. Canotilho, no sentido de que os princípios que se encontram na Constituição detêm natureza de princípios fundamentais. Revelam-se: “... como princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”²⁴.

Também Daniel Sarmento lembra que no campo das relações econômicas, sempre que o bem envolvido na relação jurídica seja considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental e menor a tutela à autonomia privada. A essencialidade do bem jurídico é um critério importante para a intensidade da proteção à autonomia privada²⁵.

22 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª ed. rev. atual. e ampl. Rio: Forense, 2014, p. 309.

23 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Cit.*, p. 218.

24 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.171.

25 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio: Lumens Juris Editora, 2004, p. 309.

A convicção sobre a natureza e extensão dos direitos humanos está na Carta de Viena, que conclama as Nações Unidas para empreender esforços em assegurar o respeito e observância aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos. E, ainda hoje, como lembra Joaquín Herrera Flores, um grande esforço é despendido para que os direitos humanos amparem todos os habitantes do planeta. E essa energia tem componentes políticos, sociais, econômicos e jurídicos ²⁶.

Os princípios que orientam a identificação e responsabilidade do Grupo Econômico consideram, sobretudo, o decisivo centro axiológico do Estado democrático de direito, que é o homem, sua dignidade, o respeito ao trabalho e à livre iniciativa, sem perda da função social da propriedade.

3.1 Princípio da Primazia da Realidade

Luiz Pinho Pedreira da Silva lembra que o Princípio da Primazia da Realidade não é invocado apenas no Direito do Trabalho, sendo comum a quase todos os ramos do Direito, embora tenha forte inflexão no ramo jurídico trabalhista. E assevera que uma das justificativas para o reconhecimento desse princípio é a existência da boa fé, princípio geral de direito e que também deve ser observado no contrato de trabalho ²⁷.

Para Marcos Madeira de Mattos Martins o que demarca a vida das relações de trabalho é a realidade, a qual, muitas vezes, acha-se distante das abstratas formulações legais ou, em não raros momentos, fica encoberta pelo “manto temerário da liberdade contratual” ²⁸.

Também Américo Plá Rodrigues enaltece esse princípio, ao afirmar que “... a realidade reflete sempre e necessariamente a verdade”, com o que os documentos podem traduzir a verdade, mas, também, podem refletir a ficção, com o objetivo de dissimular ou esconder a verdade para impedir o cumprimento de obrigações legais ou para obter um proveito ilícito ²⁹.

Debruçando-se sobre a compreensão do primado dos fatos sobre as formas, e na busca do real significado dos institutos na sua dimensão social,

26 HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, pp.48-49.

27 SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Cit.*, p. 206.

28 MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. *A Empresa e o Valor do Trabalho Humano*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 128.

29 PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1978, p. 227.

o Direito do Trabalho suplantou possíveis óbices jurídicos à configuração do grupo, ao divisar sua existência em diversos aspectos da realidade: presença dos sócios, papel dos integrantes das sociedades em cada uma delas, envolvimento dos sócios de uma empresa nos destinos e interesses das outras, interesses econômicos comuns, lucros compartilhados, utilização de trabalhadores de forma comunitária, entre outros.

No plano da realidade, a análise da existência do grupo econômico leva à identificação de empresas independentes, capazes juridicamente de definir seus objetivos e seus regramentos, e que se vinculam por uma direção unitária. Essas empresas, de maneira formal ou informal combinam recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetivos, também podendo participar de empreendimentos ou atividades comuns. Cada uma dispõe de personalidade jurídica própria, bem como patrimônios distintos. Daí porque esse grupo de sociedades pode ser constituído formalmente, por meio de uma convenção, ou surgir de uma composição de interesses e vontades no mundo dos fatos.

3.2 Princípio da Boa-Fé Objetiva

No que diz respeito ao Princípio da Boa Fé Objetiva, Marcos Madeira de Mattos Martins diz ser um padrão de conduta estabelecido para evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos, reprimindo a utilização de cláusulas ilícitas nas relações de consumo, nas relações de trabalho e nas diversas espécies de contratos cíveis³⁰. Lembra que o Código do Consumidor de 1990 introduziu no direito positivo brasileiro a exigência da boa-fé objetiva, como decorrente das diretrizes constitucionais. Princípio historicamente antigo começa a ser invocado para interpretar as cláusulas contratuais e integrar as obrigações pactuadas. Mostra-se fundamental para as partes de um negócio jurídico, impondo-lhes o dever de agir com lealdade. Destaca que o art. 113 do Código Civil de 2002 estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”. Repete-se no art. 422, ao dispor que os contratantes guardem os princípios de probidade e de boa fé na conclusão e execução dos contratos. O sistema legal procura evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos, com repressão ao uso de cláusulas ilícitas nos contratos de natureza civil³¹. Nos contratos de trabalho, se o empregador não tiver a conduta da boa fé exigida pela ordem jurídica, o ato fora do padrão

30 MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. *A Empresa e o Valor do Trabalho Humano*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p.188

31 *Cit.*, p.188-189.

esperado juridicamente pela outra parte que executará a prestação de serviço, e que desvirtue os objetivos da lei, pode configurar o abuso de direito previsto no art. 160 do Código Civil³².

Observe-se que Rubens Requião ressalta, ao aludir às sociedades anônimas, que o administrador deve, no exercício de suas funções, ter o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo emprega na administração dos seus negócios³³. Isto decorre do princípio da boa-fé que deve orientar os atos dos indivíduos em suas diversas relações sociais e contratuais. Dele advém a exigência da fidelidade para com a sociedade e seus sócios, sem perda do referencial ético perante a sociedade.

Neste sentido, também é o pensamento de Efrén Borrajo DaCruz, ao aludir a que o trabalhador, vinculando-se a uma atividade empresarial, igualmente assume um risco quanto ao seu futuro profissional, o que indica solidariedade do empregado com o empresário, que lhe asseguraria o direito de interferir de algum modo no destino da empresa³⁴.

Com efeito, a luz do ordenamento jurídico do mundo civilizado, sobretudo naquelas nações em que imperam as leis, as normas jurídicas e não os homens e suas vontades, em que a dignidade humana é a centralidade do Estado democrático de direito, os princípios da boa fé e da solidariedade se fazem presentes nas diversas relações sociais.

O direito do ser humano ao trabalho digno atende aos Princípios da Dignidade Humana, da Cidadania e do Valor Social do Trabalho, centros dos ordenamentos jurídicos democráticos e sustentáculos da Carta Republicana. Esse documento, em mais de um momento, afirma o Princípio da Livre Iniciativa e do Respeito à Propriedade Privada, os quais convivem de forma indissolúvel com os da Dignidade Humana e da Função Social da Propriedade (arts 1º e 170).

3.3 Princípio da Solidariedade

Nos Estados democráticos de direito identifica-se um compromisso jurídico e político da legislação no sentido de alçar a dignidade do homem e a solidariedade ao centro axiológico. Esse fundamento advém da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao dispor no art. 1º: “Todas as pessoas nascem

32 *Cit.*, p. 191.

33 REQUIÃO, Rubens, *Cit.*, p. 272.

34 BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho Del Trabajo*. Madri: Tecnos, 1994, p.110.

livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. A Carta da República Brasileira seguiu esse ideário, ao afirmar que se alicerçava na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesta linha, a idéia de fraternidade deve ser entendida como união, harmonia, aliança pela realização das mesmas causas e ideais. Esta visão traduz solidariedade, compromisso entre os indivíduos e as instituições, colaboração mútua, responsabilidade coletiva, dependência de uns para com os outros, identidade e correspondência de projetos e objetivos.

A propósito, Daniel Sarmento diz que a solidariedade se presta para justificar políticas do Estado, baseadas na concepção de justiça distributiva e também é inerente ao domínio das relações de direito transindividual. E ainda: “... pode fundamentar o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos direitos sociais e econômicos, ao sedimentar a idéia de que cada um de nós é também, de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais”³⁵.

José Augusto Rodrigues Pinto, ao referir ao princípio da solidariedade empresarial, diz ter sido surgido em face do gigantesco crescimento da empresa e as complexas formas de união entre elas, o que poderia comprometer, em certas situações, o cumprimento de suas obrigações. Realça que o princípio da solidariedade do grupo econômico ignora quem seja a pessoa do empregador e vincula determinada obrigação à empresa do grupo que detenha condição financeira de atender o compromisso, mesmo sem envolvimento na relação de emprego³⁶.

A Boa Fé e a Solidariedade são princípios também realçados por Marcos Madeira de Mattos Martins, ao apontá-los como fundamentos das relações contratuais. Acrescenta que os juízes, na atualidade, ao interpretar a norma e os benefícios econômicos que as empresas tiveram ao deixarem de cumprir suas obrigações contratuais, impõem sanções por danos morais e sociais que, antes, não haviam sido aplicadas no campo jurisdicional. Destaca que não se trata somente de litigância de má fé, mas diz respeito, também, às ações que demonstram lesão à livre concorrência, *dumping social* e violação aos direitos individuais do trabalhador. A indenização pecuniária fixada na esfera trabalhista revela-se uma sanção com caráter pedagógico a fim de estancar condutas danosas aos trabalhadores e à sociedade. E diz que, mesmo

35 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. . Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004, p. 339.

36 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 146-147.

nas crises econômicas, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada³⁷. Quando o princípio da dignidade humana não é respeitado nas relações econômicas, registram-se danos ao trabalhador e aos empresários. E alude a que os empresários têm direito de competir no mercado de forma digna e livre, sem que sejam vítimas das manobras desleais de concorrentes³⁸.

Dessa forma, é possível afirmar que nunca foi tão importante, como hoje, invocar o Princípio da Solidariedade em face das esferas públicas e privadas. Esse princípio fortalece a realização da cidadania e da dignidade humana, pois permite que cada indivíduo se reconheça no outro e colabore para a existência coletiva dentro dos padrões mínimos estabelecidos pelo ordenamento jurídico constitucional.

Compreende-se que o Direito do Trabalho, de forte carga ética, conceba o princípio da solidariedade como orientador da natureza e extensão da responsabilidade do grupo econômico, ao conferir ao empresário, à iniciativa privada, à propriedade uma função social. O Brasil construiu um conjunto normativo em que a dignidade do indivíduo e a valorização do seu trabalho podem efetivar a solidariedade.

3.4 Princípio da Função Social da Propriedade

Entre os princípios que orientam a ordem econômica e financeira do Estado Brasileiro acha-se o da função social da propriedade. O art. 170 da Lei Maior, ao consagrar esses fundamentos, pretende proteger a economia, mas, também os padrões mínimos de dignidade do trabalhador. Acrescenta-se que a livre iniciativa, a liberdade de contratar e o respeito à propriedade privada, aliam-se à função social da propriedade, à redução das desigualdades regionais e sociais e à busca do pleno emprego. E os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalidade; a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos (art. 3º). Ao conferir aos particulares a prioridade na exploração da atividade econômica, exigiu compromisso social, com destaque à função social da propriedade.

No Direito do Trabalho, o homem é o centro ou sujeito desse direito, e a noção e extensão das relações contratuais devem ser alicerçadas de acordo

37 MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. *A Empresa e o Valor do Trabalho Humano*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p.10-11.

38 *Cit.*, p. 11.

com o novo paradigma constitucional. Ademais, parte-se do pressuposto de que, ao afirmar e garantir os direitos do trabalhador, afirmam-se os direitos humanos. As partes no contrato de trabalho acham-se, geralmente, em posição de desigualdade jurídica, não só em face de suas diferentes situações econômicas e sociais, mas, também, pela subordinação jurídica do trabalhador perante o seu empregador. A função social da propriedade revela outro ciclo das relações contratuais. E essas devem se reger mediante uma interpretação consentânea com as disposições constitucionais, na busca da efetividade dos direitos sociais.

4. GRUPO ECONÔMICO

4.1 Grupo Econômico. Configuração

A identificação jurídica do grupo econômico tem sido objeto de preocupação dos estudiosos do Direito do Trabalho. Essa inquietação repousa, entre outros aspectos, na necessidade de evitar que a diversidade de pessoas que explorem ou não uma atividade produtiva seja obstáculo à ação do trabalhador para fazer valer os direitos resultantes do contrato de trabalho. Pautados nos princípios regentes referidos, a doutrina e a jurisprudência trabalhista construíram o conceito de grupo econômico, o qual dele não se afastou a legislação. Aliás, ao trazer os elementos caracterizadores desse instituto, o legislador de 2017 adotou as linhas fundamentais daquelas fontes de Direito que o antecederam.

A evolução histórica das estruturas empresariais acompanhou os passos da Revolução Industrial. E a grande empresa, do mundo industrial contemporâneo, que caminhou até a atualidade, diante da pressão da globalização, motivou fórmulas associativas as mais diversas, tornou necessário compatibilizar a concentração de capital mediante a criação de sociedade anônima ou por meio de grupos econômicos, conforme José Augusto Rodrigues Pinto³⁹.

Domenico de Masi diz que o termo “pós-industrial” indica, mundialmente, um modelo novo de sociedade, sem corresponder a uma fase nova de processo velho. “Não se trata de uma sociedade industrial um pouco mais complexa, um pouco mais rica, um pouco mais problemática”⁴⁰.

39 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 140.

40 MASI, Domenico de. *O Futuro do Trabalho. Fadiga e Ócio na Sociedade Pós-Industrial*. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. da UnB, 1999, p. 221.

Manuel Castelles, por sua vez, alude às várias abordagens para reconhecer a reestruturação econômica a partir dos meados dos anos 70 em diante, o que deu ensejo às diversas estratégias de reorganização. A crise econômica daquela década resultou na exaustão do sistema de produção em massa, com o aparecimento de uma “segunda divisão industrial” na história do capitalismo. Menciona ter ocorrido divisão importante (industrial ou outra) na organização da produção e dos mercados da economia global. A par desse fato, tais transformações organizacionais interagiram com a difusão da tecnologia da informação. O objetivo principal das transformações organizacionais, em várias formas, era lidar com a incerteza causada pelo ritmo veloz das mudanças no ambiente econômico institucional e tecnológico da empresa, com aumento da flexibilidade na produção, gerenciamento e marketing. Muitas alterações organizacionais visavam redefinir os processos de trabalho e as práticas de emprego, dando ensejo à introdução da “produção enxuta”, com o fim de economizar mão-de-obra mediante a automação de trabalhos, eliminação de tarefas e supressão de camadas administrativas⁴¹.

Qualquer que seja o modelo ou perfil adotado pelo empresário, a empresa, ao produzir para o mercado, não dispensa a exploração do trabalho humano, ainda que dele não se utilize de forma exclusiva. O uso da força produtiva do homem exige uma dimensão ética, aspecto que, sem desconsiderar a necessidade de enfrentar a concorrência, respeite a dignidade do trabalhador.

Sobre a dimensão ética do funcionamento das empresas, Rubens Requião, ao analisar a sociedade anônima, diz que se constitui em repositório de múltiplos e variados interesses, desde o social até o privado dos acionistas. Hoje, não é apenas máquina de fazer lucros, atuando no meio social, devendo ser observados severos e graves deveres para com a coletividade em que atua⁴².

O distanciamento da pessoa física do empregador e dos empregados, desde a formação das sociedades limitadas até à construção das grandes empresas, em que se preserva o anonimato de seus múltiplos titulares, conduz à despersonalização do empregador. E traz, consoante José Augusto Rodrigues Pinto como resultado a personalização da empresa⁴³. Aspecto peculiar à economia de cada país é o de que ao lado dos grandes grupos de empresas

41 CASTELLES, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. V. I, 6ª ed. rev e ampl., São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 210-211.

42 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 32ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião, 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2015, 273.

43 *Cit.*, p.141.

existem as pequenas empresas, denominadas no Brasil de microempresas, em que as relações entre empregados e empregadores permanecem bifrontes, conforme lembra esse autor⁴⁴.

José Augusto Rodrigues Pinto refere que o primeiro tipo de grupamento econômico, provavelmente, teria surgido da formação de subsidiárias de uma empresa principal, a denominada empresa-mãe. Essa detinha esse nome em decorrência da sucessiva criação de novas empresas, ou pela absorção de outras sociedades já existentes, sempre com o controle acionário, de modo a exercer a direção integrada das atividades⁴⁵. E o grupo econômico seria formado por um conjunto de empresas, cada qual com sua direção própria para gerir sua atividade, embora estivessem todas sujeitas à coordenação geral, de sentido econômico da empresa controladora do capital social⁴⁶.

O controle, na visão de Octavio Bueno Magano, corresponderia “... à possibilidade do exercício de uma influência dominante de uma empresa sobre a outra, subordinando os bens a ela atribuídos à consecução de suas finalidades”⁴⁷.

Alice Monteiro de Barros diz que o grupo econômico pressupõe unidade diversificada, ou seja, o uno com pluralidade de elementos. Esclarece que, ao lado da forma de grupo econômico mencionado pela lei trabalhista, também existe uma outra. Nessa, o grupo é instituído sem a existência da empresa líder e de lideradas, todas dispostas horizontalmente, no mesmo plano, com recíproco controle ou vigilância e participação em um empreendimento global. A primeira forma refere a uma organização piramidal, em que, no vértice estaria uma empresa principal, líder, com o poder de direção, comando vigilância e controle sobre as demais empresas, suas lideradas. Haveria um controle unificado, sendo o modelo mais comum o de participação acionária majoritária da empresa principal no capital de cada uma das empresas secundárias⁴⁸.

Conforme Arnaldo Süssekind, a legislação trabalhista não exige para a configuração do grupo econômico que as empresas dele integrantes sejam controladas, dirigidas ou administradas por uma sociedade-mãe ou por “*holding company*”. Ensina que “empresa principal” pode significar uma pessoa

44 *Cit.*, p. 141.

45 PINTO, José Augusto Rodrigues, *Cit.*, p. 147.

46 *Cit.*, p. 147.

47 MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. V. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 80, 82 e 84.

48 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª. ed. rev. e atual. . São Paulo: LTr, 2010, p. 385-386.

natural, um grupo de acionistas ou uma pessoa jurídica⁴⁹.

Conforme Amauri Mascaro Nascimento, o grupo econômico está vinculado à Economia, e, em face do princípio da liberdade de iniciativa, tem composições e desenhos vários. Razões econômicas levam empresas a se reunir mediante formas diversas de concentração, de poder de comando e de deliberações. Nessas concentrações pode existir uma empresa dominante e uma ou várias empresas controladas pela primeira, com formas diversas, segundo interesse econômico⁵⁰. E oferece os principais planos de verificação: a) os elementos essenciais na caracterização do grupo de empresas, que são a pluralidade e a independência delas no interior do grupo e a direção econômica unitária no seio dele; b) a tipologia dos grupos econômicos; c) as intercorrências trabalhistas no grupo; d) a responsabilidade pelos débitos trabalhistas das empresas do grupo⁵¹. Lembra que a interconexão entre empresas ou sociedades empresariais é fenômeno recente no Direito Comercial. Esse seria “... seu cenário original de regulamentação jurídica, e que tem início com a crise da sociedade anônima, significando sua insuficiência para responder para todos os apelos da atividade econômica em sua natural vocação de crescimento”. O Direito do Trabalho foi impelido à regulação em face dos reflexos que atingiam os contratos de emprego⁵².

A concepção legal de grupo econômico no Brasil surgiu com a Lei n. 435, de 17 de maio de 1935 que, no art. 1º, estabelecia a responsabilidade “para efeitos da legislação trabalhista”. É importante realçar que essa norma jurídica, ao enfrentar a questão com o fito de proteger os créditos dos empregados, referiu apenas aos grupos econômicos industriais e comerciais. Mas a CLT alude expressamente ao “grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade”.

Observe-se que não obstante a lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76, art. 266) exija, para a configuração do grupo, que as pessoas integrantes sejam sociedades, para o Direito do Trabalho, ele pode ser formado por famílias ou por pessoas físicas e entes sem finalidade lucrativa.

Rubens Requião, ao aludir aos grupos de fato, diz que se revelariam na “junção de sociedades, sem a necessidade de exercerem, entre si, um relacionamento mais profundo, permanecendo isoladas e sem organização

49 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Cit.*, p. 219.

50 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223.

51 *Cit.*, p. 222-223.

52 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Cit.*, p.223.

jurídica”⁵³. A lei brasileira, inspirada no direito germânico, regula tanto os grupos de fato como os de direito. Naqueles, as sociedades mantêm, entre si, laços empresariais por meio de participação acionária, sem necessidade de organização jurídica. Elas se relacionam segundo o regime legal de sociedades isoladas, sob a forma de coligadas, controladoras e controladas, desprezando maior estrutura organizacional⁵⁴. Sobre o controle, declara que deve ser entendido como acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sobre controle comum, que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores. Acrescenta que a controladora usa o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia⁵⁵.

O Código Civil, nos arts. 1097 e seguintes, fornece a definição de sociedades coligadas, relacionando-as como controladas, filiada ou de simples participação em função das suas relações de capital. No art. 1097 dispõe que “consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação”. E ao tratar da sociedade controlada dispõe, no art. 1098 que é controlada: a) a sociedade de cujo capital outra possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; b) a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta controladas.

Para Maria Helena as sociedades coligadas são as resultantes da relação estabelecida entre duas ou mais sociedades submetidas ao mesmo controle por participarem do mesmo grupo econômico⁵⁶. Acrescenta que as sociedades coligadas, em suas relações de capital, podem ser: as controladas, se, ante o fato de a maioria do seu capital, representado por ações, se encontrar em poder da controladora, não têm o poder de decidir nas deliberações sociais, nem o de eleger a maioria dos administradores⁵⁷. Destaca que é controlada aquela em que outra sociedade possui a maior parte do seu capital, a maioria no direito de voto e nas deliberações dos quotistas e nas assembleares, tendo o poder de

53 *Cit.*, p. 366.

54 *Cit.*, p. 361.

55 *Cit.* p. 366.

56 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 698-699.

57 *Cit.* p. 699.

eleger a maior parte dos administradores. Há controle direto de uma sociedade por outra⁵⁸.

A propósito, lembra Amauri Mascaro Nascimento que esse controle pode ter natureza múltipla. Não se trata exclusivamente de uma acepção estrita, no sentido de que seja um controle de política financeira. Também pode o controle se revelar nas áreas de produção, de vendas, de pessoal, de organização, de logística. Essa compreensão decorre de um imperativo de proteção social, em que o Direito do Trabalho divisa uma variedade de instrumentos de controle. Pode ocorrer centralização de política trabalhista, financeira, de investimentos comuns, nome comercial, fabricação de um produto campanha publicitária comum, marca uniforme, instruções diretivas comuns, *plafond* ou limite para transações ou alçada manual de instruções comum etc.⁵⁹.

Rubens Requião vê no grupo econômico o resultado de operações por associações de empresas autônomas, com uma integração relativa. Essa integração pode ser flexível, como a mera participação de uma sociedade em outra, sem perda de sua feição jurídica própria. E lembra que a ordem jurídica criou regras específicas, a fim de resguardar certos interesses setoriais, como a proteção aos direitos dos trabalhadores e o erário público⁶⁰.

4.2 Grupo Econômico. Responsabilidade Solidária

O Direito do Trabalho considera a empresa, os bens que a integra, o patrimônio dos seus titulares, pessoas físicas e seus sócios como elementos importantes para a elaboração de vários institutos jurídicos. Entre esses institutos acha-se o da responsabilidade solidária do Grupo Econômico. Assim ocorre, entre outros fatores, porque o empreendedor, o detentor do capital, define a atividade econômica a ser desenvolvida, escolhe o modelo de relação de produção capitalista, dentro do princípio da livre iniciativa e da propriedade privada. Formado o modelo, opera-se a atração, como resposta do ordenamento jurídico, para a regular essas escolhas.

Arnaldo Süssekind adverte que o grupo econômico regulado pela CLT, não corresponde apenas ao grupo de sociedades referido na Lei das Sociedades Anônimas. Para a relação de emprego, a responsabilidade solidária das

58 *Cit.*, p. 699.

59 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Cit.*, p. 224-225..

60 REQUIÃO, Rubens. *Direito Comercial*. 32ª ed. rev. e atual por Rubens Edmundo Requião, 2 v. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 362-363.

empresas que integram um grupo econômico independe de formalização. Isto porque se trata de uma opção do legislador trabalhista diante da concentração econômico-financeira. A lei buscou sobrepor a realidade social evidente ao formalismo jurídico⁶¹.

Até a vigência da Lei n. 13.467/2017, o legislador trabalhista afirmava que grupo econômico se mostraria quando uma ou mais empresas, embora detentora, cada uma delas, de personalidade jurídica própria, estivesse sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. Daí, para os efeitos da relação de emprego, essas pessoas seriam solidariamente responsáveis, a empresa principal e cada uma das subordinadas. A CLT admitia a responsabilidade solidária do grupo econômico, antevendo a existência de uma empresa principal e de empresas subordinadas. O pressuposto era o da existência de uma empresa controladora que dirigiria, controlaria ou administraria, ao lado de outras que lhe seriam subordinadas, mesmo tendo cada uma delas personalidade jurídica própria.

O conceito de empregador trazido na CLT de 1943 e mantido pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), mostra a vinculação do trabalhador com quem recebe seus serviços. Quer antes, quer após a vigência da Lei n. 13.467/2017, a caracterização do grupo de empresa se relaciona com a sua responsabilidade, a qual, segundo Amauri Mascaro Nascimento, é solidária entre as empresas do grupo pelos débitos de cada uma perante os seus respectivos empregados⁶².

Vólia Bomfim Cassar assevera que, comprovada a gerência comum, a identidade de objetivos e interesses, configura-se o grupo econômico horizontal ou por coordenação, atraindo a solidariedade entre as empresas para os fins de assegurar os direitos trabalhistas. Lembra que, algumas vezes, existe o grupo familiar, o qual, apesar de não ter os mesmos sócios, alguns membros de uma mesma família constam formalmente como tais⁶³. O Direito Comercial, o Econômico e o Empresarial também admitem o grupo econômico por coordenação, ou seja, aquele que se diz horizontal.

No Direito do Trabalho, o art. 2º, §§ 2º e 3º da CLT estabelece marcos caracterizadores dessa modalidade de concentração de empresas. O art. 2º, § 2º

61 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. rev. e atual., Rio – São Paulo – Recife - Curitiba: Renovar, 2010, p. 219.

62 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Cit.*, p. 224.

63 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 15ª ed., rev., atual. e ampliada. Rio: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 436.

da CLT, com a edição da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) dispõe que quando uma ou mais empresas, ainda que cada uma delas tenha personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando, cada uma, sua autonomia, integrem um grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações fruto da relação de emprego. E foi introduzido o § 3º ao art. 2º da CLT que diz: “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessária para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

Com a Lei n. 13.467/2017, é admitida a existência do denominado grupo econômico horizontal ou por coordenação, para os fins da solidariedade de responsabilidade trabalhista. O fundamental para a caracterização da solidariedade será a existência de objetivos comuns, atuação conjunta entre as entidades integrantes do grupo econômico. Não é suficiente a cooperação entre si ou os objetivos comuns. Exige-se a atuação conjunta.

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante realçam que o significado do grupo econômico e da responsabilidade solidária entre as empresas componentes visa resguardar o patrimônio do empregado e coibir fraudes. Diante da dificuldade financeira de uma delas, os empregados podem exigir os seus créditos das demais integrantes do grupo econômico⁶⁴.

Maurício Godinho Delgado também afirma que a norma jurídica introduzida no § 2º do art. 2º da CLT admite a configuração do grupo econômico por coordenação, ao referir à expressão “mesmo guardando cada entidade empresarial a sua autonomia”. O legislador de 2017 teria assimilado reflexões da doutrina e da jurisprudência, e afastado a concepção restritiva, que impunha a presença de uma relação hierárquica, verticalizada entre as empresas componentes do grupo econômico para caracterizá-lo. Lembra que a formação do grupo econômico pela coordenação interempresarial já fora prevista no art. 3º, § 2º da Lei n. 5.889/73 (Lei do Trabalho Rural)⁶⁵.

Vólia Bomfim Cassar traça alguns elementos auxiliares na identificação do Grupo Econômico: a) identidade de sócios majoritários com administração comum e promíscua, que se constata mediante os atos constitutivos das respectivas sociedades ou de sócios de uma mesma família; b) diretoria de

64 JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Gen- Ed. Atlas, 2017, p. 120.

65 DELGADO, Maurício Godinho e Delgado, Gabriela. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017, p. 100.

uma sociedade composta por sócios de outra, que interfere na administração daquela; c) criação de uma pessoa jurídica por outra, com ingerência administrativa; d) uma sociedade ser a principal patrocinadora econômica de outra, com o poder de escolha dos dirigentes da administração da patrocinada; e) uma sociedade ou pessoa jurídica ser acionista ou sócia majoritária de outra com controle acionário e poder de deliberação; f) ingerência administrativa da(s) mesma(s) pessoa(s) física(s) ou jurídica(s) sobre a(s) outra(s); g) uma pessoa (física ou jurídica) ter o poder de interferir nos atos de administração e gestão de outra, numa relação de subordinação e ingerência⁶⁶.

Interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas são características indispensáveis para configurar o grupo econômico. São elementos que devem estar presentes na relação entre as empresas, os quais podem ser identificados nos atos constitutivos das sociedades ou nas relações que se engendram no mundo dos fatos. E há a responsabilidade solidária delas para os fins de cumprimento das obrigações fruto do contrato de trabalho.

Para Maurício Godinho Delgado a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica da regra excetiva ali contida, conduz ao não enquadramento no grupo econômico enunciado no § 2º do art. 2º da CLT em situações artificiais. Seria o caso em que a participação societária de um ou outro sócio nas empresas envolvidas fosse irrisória, insuficiente a demonstrar a presença “do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”. E pontua que, quando assim não ocorrer é possível demonstrar o interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas componentes do grupo⁶⁷.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um pressuposto deve ser demarcado no estudo do Grupo Econômico: o da necessidade de colocar o trabalhador como o centro da responsabilidade decorrente do desempenho da atividade econômica. Sendo assim, não é desprovido de sentido jurídico reafirmar que a Constituição da República, ao se assentar, entre outros fundamentos, na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho, está a exigir que toda a construção legislativa observe esses princípios. A empresa econômica moderna deve desempenhar também

66 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 15ª ed., rev., atual. e ampliada. Rio: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 437.

67 DELGADO, Maurício Godinho e Delgado, Gabriela. *Cit.*, p.101.

uma função social, conforme mandamento da ordem jurídica. Atento a esses parâmetros, o § 3º introduzido ao art. 2º da CLT pela Reforma Trabalhista assimilou os estudos da doutrina e jurisprudência dominantes sob a formação do Grupo Econômico e sua responsabilidade.

A empresa, como um dos núcleos de organização existente na sociedade tem o dever de pautar o empreendimento econômico no respeito à dignidade do homem, ainda que não perca a referência quanto ao aspecto material, alusivo ao lucro. Desta forma, o empresário tornará viável o cumprimento das funções que a Carta Magna lhe destina.

O trabalho propicia a satisfação dos objetivos individuais e familiares do indivíduo. É um elemento fundamental para o desenvolvimento da produção. A exploração do trabalho humano, portanto, deve observar os princípios da boa fé, da dignidade humana e da solidariedade, pilares dos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª. ed. rev. e atual., São Paulo: LTr, 2010.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho Del Trabajo*. Madri: Tecnos, 1994.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CARRION, Valentin. “O Empregador”. In *Manual de Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. Coord. Bento Herculano Duarte. São Paulo: LTr, 1998.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 15ª ed., rev., atual. e ampl. Rio: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- CASTELLES, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. V. I, 6ª ed. ver. e ampl., São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.
- DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO Gabriela. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 9ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2003.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª ed. rev. atual. e ampl. Rio: Forense, 2014.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, *Curso de Direito do Trabalho*, Atualizadores José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa, 19º ed., rev. e atual. Rio: Forense, 2012.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HUECK, Alfred e NIPPERDEY, H.C. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Trad. Miguel Rodriguez Piñero e Luiz Enrique de La Villa, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1963.

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Gen- Ed. Atlas, 2017.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. V. 2. São Paulo: LTr, 1993.

MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. *A Empresa e o Valor do Trabalho Humano*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.

MASI, Domenico de. *O Futuro do Trabalho. Fadiga e Ócio na Sociedade Pós-Industrial*. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. da UnB, 1999.

MESQUITA, Luiz José de *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1991.

MORAES FILHO, Evaristo. *Sucessão nas Obrigações Trabalhistas*. Rio: Forense, 1960, v.II.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Direito Comercial*. 32ª ed. rev. e atual por Rubens Edmundo Requião, 2 v. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho*. Trad. Edílson Alkimin Cunha. São Paulo, LTR, 1995.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed., rev. e atual. Rio - São Paulo - Recife - Curitiba: Renovar, 2010.

TISSEMBAUM, Mariano R. *Las Controversias del Trabajo: La Huelga y el Lock Out ante el Derecho*. Buenos Aires: Victor P. de Zavaglia Editor, 1952.

O DIREITO DO TRABALHO COMO EXEMPLO PRIVILEGIADO NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E TÉCNICA - UMA LEITURA A PARTIR DE ALAIN SUPIOT

*João Luiz Rocha do Nascimento**

*Os que desprezam
o comer é porque já comeram*
Brecht

*Toda a dificuldade das sociedades modernas
está justamente em dever pensar e viver
a igualde sem negar as diferenças*
Alain Supiot

Resumo:

Desde sua origem que o direito, no exercício de sua função antropológica, faz a intermediação entre técnica e o homem, objetivando humanizá-la. Se há um ramo do Direito que se constitui em exemplo privilegiado em adaptar a técnica aos valores humanos, este é o *Direito do Trabalho*, um desafio que se renova diante dos impactos das novas tecnologias no meio-ambiente e nas relações de trabalho. É da relação entre técnica e direito que trata este artigo, na perspectiva do Direito do Trabalho e dos novos desafios diante da emergência das nanotecnologias e das novas tecnologias da informação e da comunicação.

Palavras-chave: Direito – Técnica – Relação.

Sumário: 1. Introdução. 2. A função antropológica do Direito. 2.1 A relação do Direito com a Técnica. 2.2 O Direito com uma *Técnica* de humanização da Técnica. 3. O Direito do Trabalho como exemplo privilegiado. 3.1 O Direito do Trabalho como humanizador da Técnica. 4. Os novos desafios do Direito diante dos avanços da Técnica. 4.1 Tecnologia da Informação e da Comunicação: os novos desafios do Direito do Trabalho. 4.1.1 O problema da

* Juiz do Trabalho Titular da 5ª Vara do Trabalho de Teresina –PI, do TRT 22. Mestre e doutorando em Direito Público pela UNISINOS-RS. Professor Adjunto da UESPI. Coordenador Pedagógico da EJUD 22. Poeta e contista.

ubiquidade. 4.1.2 O problema da transparência. 4.2 As Nanotecnologias e o meio ambiente do trabalho – de novo o Direito do Trabalho e o caso Brasil. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, somente nos últimos dois anos o aplicativo conhecido como *WhatsApp* foi quatro vezes bloqueado por decisão judicial¹. Embora se tratasse de decisões proferidas por juízes distintos e de várias regiões do país, cada uma delas produziu efeitos *erga omnes*. Tirando a irritação e a antipatia causadas pelas decisões que atingiram mais de 100 milhões de usuários, a polêmica em torno do assunto escondeu um problema que sempre esteve na origem do direito: a intermediação entre a técnica (uma criação humana) e o próprio homem, pois não obstante se trate o próprio direito de uma técnica, não é uma técnica como outra qualquer e sim uma técnica vocacionada para humanizar a própria técnica e é nisso que consiste a sua função antropológica.

Para longe das discussões em torno das dificuldades reais ou não do aplicativo em cumprir as decisões judiciais, o que está por trás dessa discussão, nem sempre percebido, é a relação entre o Direito e a Técnica em que aquele exerce a função de humanizar essa, impondo-lhe freios e limites, sob pena de significar o fracasso do projeto humano, e as recorrentes decisões judiciais apenas representam uma pequena amostra da dimensão do problema e de como é delicada essa relação, com a agravante de que os avanços da técnica são cada vez maiores e se dão numa velocidade que o direito nem sempre consegue acompanhar. Há sempre um novo desafio tecnológico a ser enfrentado. e a cada hora surgem novas técnicas, novos desafios.

Em matéria de tecnologias de informação e de comunicação, por exemplo, os avanços e transformações são tão rápidas, às vezes instantâneas, que não é temerário dizer que a histórica defasagem entre direito – em especial o positivo que um dia acalentou o sonho de oferecer todas as respostas possíveis – e fato jurídico nunca foi tão atual.

A relação entre o Direito e Técnica existe desde o primeiro instante em que o homem rústico produziu o primeiro artefato. O Direito sempre acompanhou a evolução da técnica, ajudando, inclusive, no seu desenvolvimento, e embora não avancem na mesma velocidade, a função antropológica do direito nunca desaparece quando uma técnica substitui

¹ Em todas as decisões o objetivo era, em deferimento de pedido formulado pelo Ministério Público no exercício da sua função de persecução penal, o fornecimento, por parte do aplicativo, de dados e informações trocadas por organizações criminosas.

outra. Para novas técnicas, novos desafios e nessa correlação de forças a intermediação que o direito exerce subordinando a técnica a uma razão humana é uma referência obrigatória.

Por outro lado, se há um ramo do direito pioneiro em matéria de domesticação jurídica das técnicas, ele atende pelo nome *Direito do Trabalho*, cuja história acompanha — pode-se até dizer que com ele nasce — o desenvolvimento da revolução industrial, se constituindo num exemplo privilegiado da relação entre direito e técnica, tudo com o objetivo, ao fim e ao cabo, de adaptar a técnica aos valores do ser humano.

É claro que atualmente a relação entre direito e técnica ultrapassa as fronteiras das relações de produção, mas antes mesmo do Direito Civil começar a se preocupar com os desafios trazidos com as biotecnologias, no passado quem foi chamado a intervir entre o homem e a máquina introduzida pela revolução industrial, foi o Direito do Trabalho.

Trata-se, pois, do ramo do Direito que é precursor em matéria de domesticação da técnica no sentido de torná-la humanamente suportável e que atualmente mais uma vez é chamado a atuar, pois, como dito antes, mudam-se, aperfeiçoam-se e criam-se novas técnicas, mas a função antropológica do direito não desaparece. E da mesma forma que o Direito Civil hoje sofre os influxos dos avanços nas biotecnologias, como a biomedicina, o Direito do Trabalho não está imune a esses fenômenos, como é o caso do impacto das nanotecnologias no meio-ambiente do trabalho e das novas tecnologias da informação e da comunicação nas relações de trabalho.

E é disso que trata o presente artigo. Da relação entre direito e técnica, da função antropológica do direito e do exemplo privilegiado do Direito do Trabalho na domesticação jurídica da técnica.

2. A FUNÇÃO ANTROPOLÓGICA DO DIREITO

O Direito, ao lado da moral e da religião, integra o sistema de controle social e tem como objetivo específico assegurar, tanto quanto possível, o equilíbrio das relações entre os indivíduos, cujo fim último é, porque unidos a partir de uma origem comum, conferir vida boa a todos os seres humanos indistintamente. Trata-se de um enunciado ao qual o estudante de Direito, dividido entre deslumbramento inicial e angústia que o perseguirá para sempre, é apresentado tão logo toma assento nos bancos acadêmicos.

Mas há outro sentido que, sobretudo na graduação, na maioria das vezes não é percebido; ao reverso, é encoberto pelo caráter dogmático

do direito, em especial o positivado, e suas principais características de universalidade, coercibilidade, generalidade e abstração, dentre outras. Noutra modo de dizer: na maioria das vezes o conceito de direito e seu estudo não transcende o campo da dogmática jurídica, que é visto tão somente como uma “regra de conduta” e reduzido a uma mera técnica, esquecendo-se de se deitar sobre ele um olhar diferenciado e uma dimensão antropológica.

O Direito também tem uma função antropológica. É disso que se trata e essa é a questão trabalhada por Alain Supiot no livro *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*, onde o autor levanta o véu que do sentido antropológico do direito encoberto por uma visão dogmática reducionista ou como diz Pádua Fernandes (2006, p. 349-352) em interessante resenha: “Alain Supiot, em *Homo Juridicus*, logrou estender o olhar antropológico sobre o direito em uma obra que ultrapassa os campos da dogmática jurídica e do direito ocidental”. Para o resenhista, é com a leitura desta obra de Supiot que se percebe o profundo déficit antropológico em Kelsen.

De fato, a leitura de Supiot bem demonstra como a dogmática jurídica, quando expressão máxima da tentativa de aproximar as ciências do espírito da lógica das ciências exatas, esteriliza o sentido do Direito distanciando-o do seu sentido humano. Para o autor, o direito tem uma função instituidora que permite “dar um sentido comum à ação de cada um”, pois como ele próprio afirma “o homem não nasce racional, ele se torna racional ao ter acesso a um sentido partilhado com os outros homens”, vínculo com seus semelhantes que não pode ser cortado, caso contrário, o levaria à idiotia no sentido etimológico do termo de origem grega e que significa ficar restrito a si mesmo.

As próprias ciências do Homem, quando imitam as ciências exatas e se esforçam a reduzir o humano a um objeto explicável e programável, não são mais do que resíduos da dogmática ocidental, vestígios lastimáveis de um pensamento científico em decomposição, que se empenha em fazer desaparecerem as questões que ele deveria esclarecer. Pois é em vão que elas se obstinam em fazer as sociedades humanas entrarem nos modelos copiados da mecânica ou da biologia. Se por um lado, o organismo biológico encontra em si mesmo sua própria norma, por outro é no exterior da sociedade humana que deve ser descoberta a norma que a fundamenta e que nos assegura de nela ter um lugar. (SUPIOT, 2007, Prólogo: p. 14).

Sustenta Supiot (2007, Prólogo: p. 11) que “o Direito liga a infinitude de nosso universo mental à finitude de nossa experiência física, cumprindo uma função antropológica de instituição da razão” e “negar a função antropológica do Direito em nome de um pretensão realismo biológico, político ou econômico é um ponto comum de todos os empreendimentos totalitários”, lição que “parece esquecida pelos juristas que sustentam que a pessoa jurídica é um puro artefato sem relação com o ser humano”, sem dizer que não se pode explicar o direito deixando de lado a ideia de justiça, pois para o autor,

o erro profundo — e o irrealismo fundamental — dos juristas que acham realista expulsar as considerações de justiça da análise do Direito é esquecer que o homem é um ser bidimensional, cuja vida social se desenvolve a um só tempo no terreno do ser e do dever-ser. O Direito não é revelado por Deus nem descoberto pela ciência, é uma obra plenamente humana, da qual participam aqueles que se dedicam a estudá-lo e não podem interpretá-lo sem levar em consideração os valores por ele veiculados. A obra jurídica atende à necessidade, vital para toda sociedade, de compartilhar um mesmo dever-ser que a preserve da guerra civil. As concepções da justiça mudam, evidentemente, de uma época para outra e de um país para outro, mas a necessidade de uma representação comum da justiça em certo país e época não muda (SUPLOT: 2007, Prólogo: p. 24).

Ainda sobre a questão da necessidade de um olhar antropológico do Direito, Supiot afirma que ele é o lugar dessa representação (comum) que até pode ser desmentida pelos fatos, mas confere um senso comum à ação dos homens e que se trata de um verdade simples apreendida com a experiência dos horrores da segunda guerra mundial e que agora parece esquecida pelos juristas saudosistas, por isso querem regatar os ideais positivistas que vigoravam antes do maior conflito bélico mundial e em nome da Ciência pretendem que toda opção pelo valor se limite à moral individual, que deveria ficar fora do mundo jurídico. Para ele, “o estudo do Direito necessita de estudiosos e eruditos capazes de compreender os desafios morais, econômicos e sociais que dão sentido à técnica jurídica e não de êmulos do doutor Diafoirus² aspirantes ao estado de ‘verdadeiro cientista’” (SUPLOT, 2007, Prólogo: p. 24-25).

Supiot critica ainda a análise econômica do direito (*Law and Economics*) quando diz que “outros juristas não negam que o direito tenha

² Médico, personagem da peça *O doente imaginário*, de Molière.

algo a ver com justiça, mas é para logo identificar esta à maximização das utilidades individuais”, para ele o sentido maior daquela doutrina, consistente em vincular toda regra a um cálculo de utilidade, “que seria ao mesmo tempo a fonte e a medida de sua legitimidade” e para quem “a humanidade inteira pode ser olhada pela análise econômica como uma coleção de indivíduos armados dos mesmos direitos (direito de voto, direito de propriedade, direitos do homem) na competição a que se entregam sob a égide de uma Lei única que é a lei do mercado, ou seja, a lei da luta de todos contra todos” (SUPIOT, 2007, Prólogo: p. 28).

De acordo com Supiot, o Direito, como qualquer outro sistema normativo, cumpre uma função de proibição, sendo uma palavra que impõe a todos e se interpõe entre cada homem e sua representação de mundo. Diz ainda que em toda a parte essa função antropológica foi o quinhão das religiões que, conferindo um sentido comum à vida humana, afastaram o risco de ver cada qual sucumbir ao delírio individual ao qual nos expõe o acesso à linguagem.

O direito tornou-se, assim, uma técnica da Proibição. É uma técnica porque seu sentido não está fechado na Letra de um Texto sagrado e imutável, mas procede, como o de qualquer outro objeto técnico, de fins que lhe são conferidos do exterior pelo Homem, de fins humanos e não divinos. Mas é uma técnica da Proibição, que interpõe, nas relações de cada qual com os outros e com o mundo, um sentido comum que o ultrapassa e o obriga e faz dele um simples elo da corrente humana. O Direito pode, assim, servir a fins diversos e mutantes, tanto na história dos sistemas políticos como na das ciências e das técnicas, mas os serve subordinando o poder e a técnica a uma razão humana. (SUPIOT, 2007, Prólogo: p. 29).

Nesse sentido, para Supiot (2007, Prólogo: p. 30), é um equívoco, como se faz hoje, tanto reduzir o Direito a uma mera técnica vazia de qualquer significado como vinculá-lo, como se fez outrora, às regras consideradas imutáveis originadas de um suposto direito natural, vez que em qualquer das duas situações, “perde-se o essencial, que é a capacidade do Direito de chamar à razão as mais diversas formas de exercício do poder político ou do poder técnico”.

Claro que muito embora o estado da arte ideal dificilmente seja atingindo – e aqui exsurge como inevitável a imagem de Sísifo que, na sua

eterna e frustrada missão de rolar a pedra até o topo da montanha, parece que manda lembranças – não se pode perder de vista que a função do direito é a de se interpor nas relações entre os indivíduos, entre o homem e a técnica numa tentativa de se aproximar o máximo possível de uma representação mais justa do mundo³ e é essa capacidade que Supiot reivindica que não seja esquecida e sim lembrada e defendida.

2.1 A Relação do Direito com a Técnica

Direito e técnica sempre estiveram unidos ao longo da história da humanidade e engana-se quem pensa que, nessa relação, cumpre ao direito tão somente o papel de estabelecer os limites e os contornos da técnica. É que essa relação é de mão dupla. Para Supiot, a evolução das técnicas acarreta transformações no direito e ele invoca como exemplo o fato de que foi preciso que surgisse a informática para que houvesse a preocupação de sobre ela legislar. Lado outro, lembra também que a evolução da própria técnica depende da cultura jurídica em dado momento⁴, pois “foi porque as instituições do Ocidente se baseavam na ideia de lei que se pensou que a própria natureza obedecia a leis e se fez da descoberta científica dessas leis a base da técnica” (SUPIOT, 2007, p. 139-140).

Para Supiot, “compreender que o Direito e a técnica participam de uma mesma cultura jurídica e avançam num mesmo ritmo evita⁵ fechar-se

3 Talvez quem melhor explique o sentido da vida e, numa certa medida, do direito seja mesmo a maldição de Sísifo. E o sentido consiste em rolar mesmo a pedra até o topo da montanha, ainda que ciente de que antes de chegar ao topo ela rolará de volta montanha abaixo para que no dia seguinte se reinicie a mesma empreitada numa repetição sem fim. Insistir no desafio, não permitindo que a pedra se acomode na base mesmo sabendo que não se manterá no topo, é o que garante o equilíbrio. Não fosse assim, se acaso um dia o intento fosse alcançado, muito provavelmente esse seria o dia da morte do sentido da vida, pois esvaziada pela ausência de um desafio que lhe dê sentido, o que é da sua própria natureza. Do mesmo modo, pode-se dizer que algo semelhante ocorre com o direito. Se ele cumprisse integralmente tudo a que se propõe, sem margem para qualquer revisão ou insurgência, não haveria mais sentido na sua existência, pois se consumiria em sua própria chama ou equivaleria a realizar o paraíso na terra, o que não passa de utopia, sem dizer que poderia se tornar uma presa fácil, mediante falsas promessas, para as tentações totalitárias como a história já demonstrou, e de cuja lição não podemos nos dar ao luxo de esquecer.

4 Atualmente vive-se isso no Brasil. As decisões judiciais envolvendo o bloqueio do aplicativo WhatsApp bem demonstram uma certa defasagem entre a lei do marco civil regulatório (Lei nº 12.965/2014) e as novas tecnologias da comunicação. O Judiciário, fundado na Constituição Federal, entende que tem o poder de ter acesso a todas as informações. Já a técnica sustenta que as mensagens que trafegam no aplicativo são protegidas de ponta a ponta por criptografia, e nem mesmo o aplicativo tem acesso ao seu conteúdo.

5 Isso nem sempre é garantido, pois o direito sempre está correndo atrás da vida, que é muito mais complexa.

na discussão que domina habitualmente a reflexão sobre os vínculos que os unem” e que pode ser resumida da seguinte forma: de um lado, prevalece uma concepção jusnaturalista e, por isso, transcendental, segundo a qual o direito é a expressão de princípios universais e intemporais; de outro, uma arraigada concepção positivista e instrumental que reduz o direito a uma pura técnica, neutra e esvaziada de qualquer sentido. E nessa correlação de forças, para a primeira corrente o problema consiste em submeter as técnicas aos princípios norteadores que o direito natural revela, ao passo que para a outra corrente, como que alimentando ainda uma ilusão, não obstante as frustrações já vividas, “o Direito seria como uma carroça, capaz de transportar qualquer conteúdo normativo que seja, de sorte que tudo o que é tecnicamente realizável deveria acabar sendo juridicamente permitido”⁶. (SUPIOT, 2007, p. 140).

Para Supiot, essa discussão se esvazia e perde o sentido tão logo é lembrado o que se quer dizer por “técnica”, o que pressupõe que “o objeto técnico se distingue do objeto natural pelo fato de que seu sentido procede do homem que o modela e o utiliza” e sua marca distintiva não está no fato de que é uma ferramenta em si mesmo, mas sim na sua relação com um resultado esperado e, nessa perspectiva, se o sentido do objeto pode ser encontrado no homem que o produz, isso significa dizer que nem todo objeto técnico é necessariamente um objeto material com forma e contornos visíveis, massa corporal, portanto.

Nesse sentido, tanto existem os objetos que possuem um corpo, uma matéria (como uma cadeira ou um computador) como aqueles que são imateriais, dos quais o *software* é um dos mais notórios e atuais exemplo, o que permite afirmar que o direito também pertence ao mundo da técnica, sendo, inclusive, uma das primeiras técnicas imateriais de que se tem conhecimento, não se tratando, contudo, como em seguida se demonstrará, de uma técnica qualquer, porquanto, da mesma forma que ocorre com os objetos materiais “seu sentido não reside inteiro em si mesmo, em seus enunciados, pois ele procede de fins que lhe são conferidos do exterior pelo Homem, fins humanos e não divinos” e “sua interpretação está, assim, não fechada na letras dos textos, mas aberta ao suposto espírito deles” e é em decorrência disso que o direito possui a capacidade “para servir fins diversos e cambiantes,, tanto na história dos sistemas políticos como nas da ciência e das técnicas, e para participar assim, como uma técnica entre outras, do progresso das técnicas (SUPIOT, 2007, p.141-142).

Mas dizer que o direito também pertence ao universo da técnica e que tem um sentido que vai além dela, não é o bastante, pois para Supiot,

⁶ Essa foi a grande pretensão que durante muito tempo alimentou as grandes codificações, verdadeiros santuários, cujo exemplo mais emblemático foi o Código de Napoleão, que pretendeu abarcar toda a complexidade da vida.

assim como não basta dizer que uma pá é uma ferramenta para compreender o que é uma pá, não basta dizer que o direito é uma técnica para compreender o lugar que lhe cabe no conjunto das técnicas. Ainda há que se identificar a função própria que ele ocupa. Cada objeto técnico se distingue, de fato, pela finalidade particular com vistas à qual foi concebido. A pá, o avião ou o computador se definem pelas representações mentais que lhes presidiram a fabricação, pelo pensamento do qual cada um deles é a imagem: cavar a terra, elevar-se no ar, processar a informação. Claro, posso matar um rato a golpes de pá, utilizar um avião como um obus ou computador como um objeto de arte moderna. Mas só o posso fazer subvertendo esses objetos, desqualificando-os noutro objeto (cortante, explosivo, decorativo). (SUPIOT, 2007, p. 142).

Se o Direito sendo uma técnica não é uma técnica qualquer, qual seria então sua função específica nesse universo? Trata-se, eis a resposta, de uma técnica específica e privilegiada, porque o Direito vai exercer a função de humanizar a própria técnica, circunstância que sempre acompanhou a história da relação entre ambos.

2.2 O Direito como uma *Técnica* de humanização da Técnica

Isso mesmo.

Não se reduzindo o Direito a uma técnica ensimesmada como visto precedentemente — embora se trate também de uma técnica, ainda que imaterial, como se verá aqui — cumpre ele a função relevante, desde que foi inventado pelos gregos, de, como técnica, humanizar a própria técnica, não deixando ela correr solta, caso contrário admitir a hipótese de um mundo ser governado por máquinas como no filme *Exterminador do Futuro*⁷ passaria do plano da ficção científica para o da realidade, daí a necessidade de estabelecer limites e definir contornos, papel a ser exercido pelo direito muito embora atualmente, pelo menos quanto ao direito posto, tudo esteja a indicar que estamos diante da necessidade de rever a tradicional teoria das fontes, porque ele quase sempre chega atrasado.⁸

7 O Exterminador do Futuro (The Terminator). Direção: James Cameron. EUA. 1984. 107 min.

8 É o caso, repita-se, da lei que estabeleceu o marco civil da internet. Quando foi elaborada, não levou em particularidade de aplicativos de grande porte, abrangência e apelo popular como o WhatsApp, daí os desafios enfrentados hoje quando a hipótese é sua utilização para fins ilícitos.

É que a relação entre direito e a técnica sempre foi um desafio e o desenvolvimento de novas técnicas, sobretudo atualmente, e especial em relação às relacionadas com a informação e a comunicação, põem em cheque essa relação, tudo porque o direito atua interpondo-se entre o homem e a máquina, não só para conter os excessos dessa, mas também para lembrar o compromisso do homem com ele mesmo.

Para Supiot, o Direito tem um lugar que lhe cabe no mundo das técnicas e tem uma função específica nesse universo: o de humanizá-la. E quem protagonizou esse papel pela primeira vez foi o Direito do Trabalho, cuja história demonstra que, sendo verdade que o direito é uma técnica entre tantas, não é uma como outra qualquer, pois é ele, o direito, quem permite “tornar humanamente vivível o maquinismo industrial e usar técnicas novas sem ser destruído por elas”. E prossegue dizendo:

Interposto entre o Homem e a máquina, ele serviu para proteger o Homem das fantasias de onipotência geradas pela potência das máquinas. Ferramenta interposta entre o Homem e suas representações, trate-se das representações mentais (fala) ou materiais (as ferramentas), o Direito cumpre assim uma função dogmática – de interposição e de proibição. Essa função confere-lhe um lugar singular no mundo das técnicas: a de uma técnica de humanização da técnica. (SUPIOT, 2007, p. 144).

Os problemas hoje levantados pelas novas tecnologias, não somente da informação e da comunicação, como também da automação bancária, da biotecnologia, da biomedicina e, pode-se acrescentar, ainda, das nanotecnologias, mostram, como vai dizer Supiot, que a função antropológica do direito não vai desaparecer quando se passa de uma técnica para outra, o problema apenas muda de lugar e o seu exame apenas permite compreender as relações que as técnicas continuam a manter com o direito e que não se resumem a uma mera adaptação deste que estaria por definição atrasado relativamente ao progresso técnico-científico⁹, nem a uma submissão desse progresso a princípios jurídicos considerados imutáveis. Para o autor, “o Direito, enquanto técnica, participou desde a origem da emergência das tecnologias da informação e da comunicação, mas seu conteúdo hoje evolui diante de nossos olhos para submeter a utilização dessas tecnologias a valores propriamente humanos” (SUPIOT, 2007, p. 144).

⁹ É o que ocorre, por exemplo, com as nanotecnologias que se ressentem de um marco civil regulatório ou com a internet no Brasil que, embora possua um marco regulatório, não consegue acompanhar a sua evolução que caminha na velocidade da luz, enquanto que o direito ainda não alcançou a do som.

Com efeito, essa é uma questão imprescindível que não pode ser esquecida e nem desprezada. A propósito, Supiot, em outra obra seminal denominada *O Espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*, ao refletir sobre os traços fundamentais da Declaração de Filadélfia – adotada na cidade do mesmo nome por ocasião da 26ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, de 10 de maio de 1944, com o objetivo de estabelecer os fins e os objetivos da OIT, e que veio a se constituir em um dos textos fundadores da ordem jurídica internacional depois da segunda grande guerra e mais tarde convertido em anexo da Constituição da OIT, adotada que foi em 1946, na cidade de Montreal – vai dizer que “o instrumento que permite aos homens de qualquer país e de qualquer crença construir juntos uma ordem justa e extrair lições da experiência da barbárie é o Direito”, sendo por isso que “é essencial que os direitos do homem sejam protegidos por um regime de Direito, para que o homem não seja forçado, como último recurso, à revolta contra a tirania e a opressão” (SUPIOT, 2014, p. 20).

3. O DIREITO DO TRABALHO COMO EXEMPLO PRIVILEGIADO¹⁰

Foi dito acima que a função específica do Direito no universo das técnicas é a de humanizá-la, do contrário, ausente qualquer tipo de controle nesse sentido grande seria o risco do domínio do mundo pelas máquinas atravessar a fronteira entre as páginas da ficção científica e o mundo real. Esse é o ponto e é nele que o direito se movimenta não apenas como mera regra de conduta, mas sim como o ponto de estofamento que não deixa no abandono o seu sentido antropológico.

E de acordo com Supiot, se há um ramo do Direito que sai na frente no enfrentamento dessa questão, esse ramo é, sem qualquer tipo de engano, o Direito do Trabalho que, historicamente, foi o segmento que mais acompanhou de perto, e sofreu os seus influxos, a revolução industrial e é nele que se localizam os exemplos mais evidentes da relação entre o direito e os

¹⁰ Embora nunca devidamente emancipado e quase sempre relegado à uma condição de periferia, não somente o Direito do Trabalho, mas o próprio Direito Processual do Trabalho é um exemplo privilegiado e pioneiro na relação entre a técnica e o direito. De fato, em vários procedimentos o Processo do Trabalho saiu na frente. Hoje se fala muito em “conciliar é legal” em decorrência de campanha deflagrada pelo Conselho Nacional da Justiça – CNJ em 2005, e por força da qual se estimula o uso dessa ferramenta como modalidade alternativa de solução (pacífica) de conflitos, mas desde sempre essa foi uma preocupação sempre presente nas normas trabalhistas de Direito Processual, tanto que existe previsão expressa na CLT relativa à obrigação do juiz, antes de passar à instrução do processo, propor a conciliação às partes. Mas esse não é o único exemplo privilegiado. Técnicas mais simplificadas de procedimentos, celeridade processual, limites mais rígidos às hipóteses de recursos e fusão de processo de conhecimento e de execução – o chamado processo sincrético – são apenas uns dos exemplos nesse sentido.

avanços das técnicas, sendo por essa razão mesma um exemplo privilegiado desse fenômeno. E é dessa posição de centralidade do Direito do Trabalho que Supiot vai tratar no capítulo 4 intitulado *Dominar as técnicas: a técnica do proibido*, da segunda parte do livro *Homo Juridicus*. Em resenha do livro, Pádua Fernandes (2006, p. 350) destaca que

A centralidade do direito do trabalho, na reflexão de Supiot, aparece, principalmente, no pioneirismo desse campo jurídico (na França e não no Brasil¹¹, onde ele se formou mais tardiamente), na relação com as técnicas científicas e as máquinas, cumprindo a função de “instrumento de humanização das técnicas” (p. 203), protegendo os trabalhadores e reconhecendo as “primeiras liberdades coletivas” (p. 184). Supiot considera que o direito do trabalho tem características em comum com certos aspectos da cibernética, pois ambos criticam as regulamentações rígidas, preferindo as que têm maior flexibilidade (p. 201), e servem para refutar o behaviorismo social (p. 197-198).

Com efeito, Supiot vai dizer que foi no Direito do Trabalho que, de fato, e isso bem antes do Direito Civil despertar para os problemas surgidos com as novas tecnologias (biotecnologia, biomedicina, nanotecnologias etc), a relação entre o direito e a técnica se constituiu e se desenvolveu de forma mais precoce e claramente, o que se deu em três etapas bem definidas.

No primeiro momento, quando a “Revolução Francesa assentou as bases jurídicas da economia de mercado e da revolução industrial”, pois ao impor uma concepção de propriedade totalmente desvinculada de sua configuração no regime feudal¹² e ao emancipar o contrato de prestação

11 Não exatamente para discordar da afirmação de Pádua Fernandes(2006), mas cumpre esclarecer que, no Brasil, embora tardiamente, o Direito do Trabalho acompanhou a evolução da relação entre o homem trabalhador e as técnicas e as máquinas. É certo que em alguns setores da relação de trabalho o direito social do trabalhador constitucionalmente conferido ainda está pendente de regulamentação, como é o caso do direito “à proteção em face da automação, na forma da lei”, tal como previsto no inciso XXVII, do artigo 7º, da Constituição Federal e ainda pendente de regulamentação ante a omissão legislativa, mesmo depois de um quarto de século de sua promulgação. Além disso, a condição de periferia a que foi jogado o Direito do Trabalho no Brasil resulta muito mais da não efetividade dos direitos sociais do que da sua formação tardia, cuja causa pode ser atribuída ao fato de que o Brasil foi o último país a abolir a escravidão.

12 Como é do conhecimento geral, durante o feudalismo prevaleceu o regime das propriedades comunais, do uso comum de todos, sobretudo dos camponeses. As propriedades comunais vão deixar de existir na Europa a partir do fenômeno que ficou conhecido como “cercamentos” das propriedades privadas, o que acabou por expulsar os camponeses pobres do campo para

de serviços dos vínculos corporativos, promoveu, sem precedentes, uma verdadeira aceleração do maquinismo.

No segundo momento, com o surgimento da chamada “máquina a vapor”, quando o maquinismo industrial gerou condições de trabalho perigosas e desumanas, gerando as consequências de todos conhecidas (exploração do trabalho da mulher e da criança, sobretudo jornadas de trabalho ininterruptas, condições insalubres etc)¹³.

No terceiro momento, o desenvolvimento do Direito do Trabalho nos países industrializados veio para impor limites a esse tipo de exploração e à sujeição do ser humano às novas ferramentas desenvolvidas pela técnica. É nesse momento que surgem as primeiras normas de proteção do trabalhador, como a idade mínima e a limitação da jornada de trabalho, o reconhecimento das organizações coletivas e seus instrumentos de negociação, conquistas que, a par do papel dos agentes diretos, se devem atribuir à intermediação do Direito do Trabalho que se impôs e “reduziu a carga mortífera e liberticida do maquinismo industrial e contribuiu pra fazer dele um instrumento de bem-estar”. (SUPIOT, 2007, p. 143).

Exsurge daí o seguinte: se é que se pode dizer que o Direito não é uma técnica qualquer, mas sim uma técnica com uma função especializada, esse crédito deve ser atribuído ao Direito do Trabalho, pois sua história o revela como o instrumento que permitiu tornar humanamente possível o maquinismo industrial e usar técnicas novas sem ser por elas destruído, porquanto, repita-se, “interposto entre o Homem e a máquina, ele serviu para proteger o Homem das fantasias geradas pela potência das máquinas” e ao cumprir a função dogmática de interposição e proibição, lhe foi conferido um lugar singular no mundo das técnicas: a de uma técnica de humanização da técnica.

Claro que a relação entre Direito e técnica continua a existir não

a cidade, dando origem, mais tarde, ao surgimento de uma nova classe social: o proletariado.

13 O surgimento da máquina a vapor é uma questão central na revolução industrial e contribuiu para o início do fim das corporações de ofício, dando origem ao trabalho livre e o surgimento do trabalhador subordinado que passou a ser livre no sentido de que não mais submetido ao regime de escravidão típico, mas que continuou sujeitado à vontade do empregador, inaugurando-se assim um novo regime, o da servidão, no lugar da escravidão, que, ao fim e ao cabo, se confundem. Ainda a propósito disso, Supiot (2007, p. 143) registra que “o maquinismo, reduzindo a necessidade de força muscular, tornou possível a exploração do trabalho das mulheres e das crianças; ignorando o cansaço e o ciclo circadiano, os cavalos-vapor permitiram um prolongamento indefinido da jornada de trabalho; sede de um exército industrial, a fábrica foi organizada a partir do modelo militar, com seus superiores, suas tropas e suas disciplinas de caserna”. Aliás, não deve ser sem razão que o empregador, unilateralmente, é detentor do poder disciplinar, inclusive o de demitir o empregado sem a necessidade de motivar seu ato. Tudo isso se pode ser atribuído ao fato de que a fábrica reproduz o modelo de uma caserna.

somente com o Direito do Trabalho, mas também com outros ramos do Direito e fica evidente que quanto ao Direito Civil, este atualmente se encontra exposto a uma variedade indeterminada de riscos tanto quanto, ou mais, o Direito do Trabalho, com podem servir de exemplos os problemas surgidos com o uso das biotecnologias em matéria de filiação, podendo se acrescentar, por ser uma questão mais atual e que se ressentir de um marco regulatório, os decorrentes das nanotecnologias, mas, de toda sorte, para Supiot (2007, p. 144) “o Direito do Trabalho permanece, assim, um observador privilegiado das relações entre o Direito e a técnica”.

De fato, em matéria de riscos a que se encontra exposto o Direito Civil, oportuno que se registre aqui a preocupação de Mireille Delmas-Marty (2004) com o fenômeno denominado “mercado do corpo”, também estimulado pelos avanços da biomedicina. Com efeito, ela vai dizer que atualmente parece não haver limites quanto à extensão da noção de propriedade privada que avança sobre o próprio corpo e sobre os direitos de personalidade.

É que hoje há uma forte tendência de se patrimonializar tudo, inclusive o próprio corpo e os direitos de personalidade, antes tidos como absolutamente indisponíveis e não sujeitos à apropriação. De fato, atualmente, é cada vez mais difícil visualizar a fronteira entre o que pode ser juridicamente comercializado e o que deve ficar juridicamente indisponível e fora do comércio, não permutável em dinheiro. Para Mireille Delmas-Marty existe um verdadeiro *mercado do corpo*, uma expressão que não deixa de ser brutal e provocadora por razões próprias, pois até então se acreditava que a questão teria sido resolvida com a proibição da escravidão e do trabalho forçado, mas eis que está de volta e fortemente revitalizada pelos descobrimentos científicos da biomedicina. De acordo com Delmas-Marty, as tentativas de colocar o corpo humano fora do comércio jurídico não vêm produzindo os resultados esperados e o fato é que

querendo-se ou não, já existe um mercado do corpo e dos produtos do corpo, e é forte a resistência a um verdadeiro estatuto jurídico que fixaria efetivamente “limites jurídicos precisos para a utilização de todo o corpo humano ou parte dele” e consagra plenamente a indisponibilidade do corpo como atributo da pessoa. Por isso a realidade é muito mais complexa e a linha divisória entre direitos da personalidade e direito dos bens continua sinuosa: indisponibilidade, disponibilidade, mas gratuidade, patrimonialidade, busca de lucro, a fragmentação do regime jurídico é tamanha que fica inexistente pretender que o corpo humano está fora do comércio jurídico. (DELMAS-MARTY, 2004, p. 40).

Todavia, para Delmas-Marty, nessas áreas as respostas do Direito, em particular do direito francês, são extremamente ambíguas, mas o que fica evidenciado é a vontade de colocar o corpo humano fora do comércio jurídico. Isso fica claro na exposição de motivos de um projeto de lei relativo ao corpo humano de 1992, em trecho reproduzido pela autora e que diz o seguinte no que se refere aos seus objetivos:

O direito ignorou durante muito tempo as relações que cada qual mantinha com seu corpo e, de modo mais geral, a sociedade não julgou dever fixar limites jurídicos precisos para a utilização de todo o corpo humano ou de parte dele. Ainda que seja admitido que este está fora do comércio jurídico, o contorno dessas noções fica impreciso e não existe estatuto jurídico algum do corpo humano. O presente projeto de lei visa preencher essa lacuna. (DELMAS-MARTY, 2004, p. 40).

A conexão com a técnica, ainda que indireta – eis que o objetivo central é colocar o corpo humano fora do comércio jurídico evitando que o mesmo, com fundamento no princípio da indisponibilidade que proíbe qualquer ato de disposição seja a título gratuito ou oneroso possa ser objeto de um direito patrimonial – , não deixa de ser evidenciada, pois ao fim e ao cabo o que está em jogo são, em decorrência das pesquisas com o genoma humano, as restrições à reprodução humana e à procriação para outrem, tais como as práticas das mães de aluguel, das retiradas de tecidos de embriões ou de fetos humanos ou a doação de órgãos e células para pesquisas cada vez mais avançadas no campo da biomedicina.

Ingo Wolfgang Sarlet e Selma Rodrigues Petterle (2010) compartilham da mesma preocupação de Delma-Marty. Para os autores, é inegável que os avanços da biotecnologia, em especial da biomedicina, com o mapeamento do código genético, têm contribuído, pois esse o seu objetivo geral, para a descoberta de curas de determinadas doenças, a diminuição do sofrimento humano, a quantidade e a qualidade de vida, o que atende aos legítimos anseios humanos. Por outro lado, dizem também que a expansão do conhecimento científico coloca em evidência uma série de problemas, noutro modo de dizer: tem os seus riscos.

Nesse sentido, para Sarlet e Petterle, se por um lado não se discute que os avanços tecnológicos no âmbito da biomedicina trouxeram, como ainda trarão, valiosas contribuições à proteção da vida e da dignidade humana, não

se pode ignorar que, paradoxalmente, essas mesmas descobertas não deixam de representar uma ameaça a quem justo pretende proteger.

Uma breve observada sobre algumas das principais tecnologias, atualmente disponíveis, desnuda uma questão existencial inafastável e sempre atual nas reflexões humanas: a face positiva e negativa do conhecimento, assim como a irrecuperabilidade do desconhecimento. Os testes genéticos para análise do DNA, por exemplo, que constituem a mais importante aplicação prática do conhecimento sobre o genoma humano, nos permitirão conhecer os detalhes da constituição genética de cada pessoa. Ora, o desbravamento dessas novas fronteiras do conhecimento, vislumbrada na sua face positiva, sem dúvida abrirá inimagináveis perspectivas para prevenção e tratamento de doenças, a exemplo do diagnóstico e tratamento pré-natal da antiguidade genital feminina e do consagrado “teste do pezinho”. Por outro lado, no que diz com uma “face” negativa, descortinam-se inúmeras questões hoje controvertidas, como planejar a prole, evitar determinados nascimentos, a problemática dos testes que predizem situações futuras, dentre outras. Sem dúvida parece sempre oportuna a reflexão sobre o “não saber” (como contingência) e “o não querer saber” (como ato de vontade). (SARLET e PETERLE, 2010, p. 4).

Ainda de acordo com Ingo Sarlet e Selma Petterle, “após conhecer o genoma humano através dos testes genéticos o próximo passo será uma intervenção na constituição genética individual, através de terapias gênicas para modificar o ADN contido nas células”, pesquisas essas que são alvo de acirradas controvérsias, seja pelos efeitos nas gerações futuras, seja pelos riscos da eugenia. Para se livrar do dilema entre a legitimidade da medicina preventiva e a ilegitimidade da eugenia, sem qualquer fim terapêutico, os autores vão dizer que “é preciso definir rumos, parâmetros e limites” e alertam para um novo problema: “a possibilidade real de duplicar o ser humano”, a partir dos experimentos com clonagens de animais. (SARLET e PETERLE, 2010, p. 5).

De perceber então como as questões dialogam entre si, mesmo mudando de lugar, o que chama à fala o Direito e a necessidade de o mesmo por em prática sua função antropológica, pois, como já foi dito aqui, invocando a leitura de Supiot, essa função não desaparece quando se passa de um tipo de

técnica pra outra, pois essas relações sempre haverão de existir. Numa palavra: se antes a função antropológica do direito se manifestou na preocupação com a proteção do corpo, com a proibição da escravidão e do trabalho forçado, cuja intermediação, em caráter pioneiro, foi exercida pelo Direito do Trabalho, essa preocupação e a necessária intermediação no sentido de proteger o corpo agora passa para o Direito Civil diante do fenômeno denunciado por Delmas-Marty denominado *mercado do corpo*. Nesse sentido, ele assume o lugar que um dia foi do Direito do Trabalho¹⁴ no sentido de impor limites à técnica com o objetivo de proteger o corpo humano como um bem inapropriável.

Quando Ingo Sarlet e Selma Petterle falam da necessidade de impor limites e estabelecer parâmetros, eles apenas confirmam a tese sustentada por Supiot no sentido de que a relação entre direito e técnica acompanha a história da humanidade, tendo aquele a função de humanizar essa, interpondo-se entre o homem e a máquina com o objetivo de estabelecer os necessários limites de que falam Ingo Sarlet e Selma Petterle.

Os desafios porque hoje passa o Direito Civil na sua relação com a técnica, em especial no que se refere aos avanços da biotecnologia bem demonstram a necessidade do Direito acompanhar o progresso da técnica não só para estimular as experiências que resultem em proveito para a humanidade no sentido de garantir o bem estar de todos indistintamente, como também para subordinar o poder da própria técnica com o fim de evitar os abusos, o que se faz mediante a aplicação de uma técnica específica, a técnica da proibição, com o que exerce sua função antropológica.

Essa função o Direito do Trabalho exerceu desde a sua origem, quando de modo pioneiro, e em decorrência dos efeitos danosos provocados pela revolução industrial na vida do trabalhador, passou a disciplinar a relação entre o homem e a máquina, de sorte a permitir o seu uso racional e equilibrado, sem o que não haveria que se falar em proteção à vida humana e nem à sua dignidade, daí se dizer que se trata, entre os vários ramos do Direito, de um exemplo privilegiado.

14 Em verdade, essa função exercida do Direito do Trabalho de quando em vez ainda se faz necessária. É que em pleno século XXI, pelo menos no que diz respeito ao Brasil, ainda se convive com marcos civilizatórios do medievo. O trabalho escravo típico hoje é proibido, mas o seu ranço ainda produz efeitos perversos e um exemplo disso é o trabalho análogo ou reduzido à condição de escravo, tipificado inclusive como crime pela legislação penal, mas que ainda hoje ocorre no Brasil, sendo comum em grandes fazendas e extensões de propriedades rurais, sobretudo no norte e no centro-oeste do país. E ao lado dessa marca vergonhosa que insiste em ser indelével, há também o exemplo da exploração ilegal do trabalho infantil, outra chaga que mergulha o Brasil no breu da escuridão medieval.

3.1 O Direito do Trabalho como humanizador da Técnica

Supiot (2007, p. 161) lembra que a evolução do direito durante os últimos quarenta anos foi fomentada por ideias e ideais iguais aos das novas tecnologias da informação e da comunicação e que “embora o Direito participe assim da história das técnicas, nela ele cumpre uma função singular, a de uma ferramenta de humanização das técnicas”. Diz ele:

Um fosso crescente separa o homem biológico, cuja carcaça e cujos instintos não mudaram desde a época longínqua em que caçava mamute, e suas técnicas, que adquiriram um poder vertiginoso durante os últimos dois séculos. Esse poder torna-se um ameaça para o Homem, uma vez que é posto a serviço dos seus instintos que permanecem altamente predadores. Ameaça para seus semelhantes, que ele se empenha em sujeitar ou exterminar; ameaça para a Terra nutriz, que ele superexplora e esteriliza: (...) Em toda a sociedade, as instituições serviram para metabolizar esses recursos propriamente humanos da violência, para canalizá-los e para evitar que conduzam a humanidade à sua perda. No caso do Ocidente, embora o Direito tenha participado do grande desenvolvimento das técnicas, é também porque ele serviu para deixar as técnicas humanamente suportáveis. Cumpriu uma função de interposição entre o Homem e suas ferramentas, cujo uso é submetido a proibições específicas que variam com os riscos que elas o fazem correr. O Direito Comunitário resumiu admiravelmente essa função ao estabelecer o “princípio geral de adaptação do trabalho ao Homem”, fórmula muito rica que deveria estender seus efeitos tanto no campo social como no do meio ambiente. (SUPIOTE, 2007, p.162)

Seja pelo caráter do ineditismo em participar do progresso da técnica, seja pela função antropológica que exerce ao humaniza-la, o Direito do Trabalho é quem melhor cumpre a função singular de atuar como uma ferramenta de humanização das técnicas.

Infelizmente, o que importa em mais um desafio para o Direito do Trabalho, atualmente a perspectiva que preside o atual processo de globalização é inversa, pois o objetivo de justiça social – objetivo final da função antropológica do Direito – “foi substituído pelo da circulação livre de

capitais e de mercadorias, e a hierarquia de meios e de fins foi derrubada”. (SUPIOT, 2014, p. 23).

Para que o Mercado seja um princípio geral de regulação da vida econômica, é preciso fazer *como se* a terra, o trabalho e a moeda fossem mercadorias, o que não é, com certeza, o caso. A economia de mercado, apoia-se, assim, em ficções jurídicas. Ora, as ficções jurídicas não são ficções romanescas: elas só são suportáveis nos sentidos, ao mesmo tempo, francês e franglês da palavra, na condição de poderem ser vividas humanamente. Sem um Direito do Meio Ambiente que proteja efetivamente os recursos naturais, não se poderá fingir por muito tempo que a natureza é uma mercadoria. E sem um Direito Social que proteja efetivamente os “recursos humanos”, não se poderá assegurar a perenidade dos mercados de trabalho. (SUPIOT, 2014, p. 53).

A propósito, a natureza já tem dado respostas no sentido de que não suportará por muito tempo o uso abusivo da técnica pelo homem movido unicamente pela ideia do lucro como um fim encerrado em si mesmo.

De fato, isto é o que denunciam Christian Laval e Pierre Dardot (2015), quando chamam a atenção para a questão relacionada com o aquecimento do planeta terra. Para eles, o capitalismo, na sua versão violenta, e que não deixa de ser o produto da técnica sem qualquer tipo de controle, será o responsável pelo surgimento do maior problema de todos os tempos pelo qual atravessará a humanidade: a crise ecológica e o aquecimento do globo terrestre decorrentes do desenvolvimento econômico pautado unicamente pela acumulação de capitais que não respeita as leis da natureza. Numa palavra: a ausência de imposição de limites à ação do homem já produz seus efeitos perversos no meio ambiente.

De acordo com os autores, as populações mais pobres serão as primeiras a sofrer os efeitos do aquecimento global e as novas gerações serão as que, no futuro, a partir de metade do século XXI, sofrerão as causas das transformações do clima, um problema que agrava as desigualdades em matéria de condições de vida e de sobrevivência, porque afeta a sociedade das mais diversas maneiras e, ao fim e ao cabo, o que estará em jogo não é somente o direito a bens comuns como a água, o ar, a terra, os bosques, dentre outros, e sua exploração, mas sim uma verdadeira guerra por recursos naturais. Para Laval e Dardot, a expansão indefinida de um capitalismo sem controle e plasmado pela lógica da competição

generalizada e do acúmulo cada vez maior do capital será responsável pelo surgimento do maior problema de todos os tempos: a crise ecológica e seu efeito mais grave e jamais experimentado pela humanidade: o aquecimento do globo terrestre, a respeito do qual os representantes dos Estados que mais poluem não chegam a um acordo satisfatório. (LAVAL e DARDOT, 2015, p. 18).

Todavia, esse cenário do caos, longe de representar um estado de resignação, mais reforça a necessidade do Direito atuar interpondo-se entre o homem e as ferramentas, impondo-lhes limitações e proibições específicas que variam de acordo com os riscos que elas possam produzir.

E para esse fim, como já pontuado, o Direito do Trabalho, como sua história registra, desafiado pela revolução industrial, foi o segmento do Direito que primeiro se lançou à frente, na tentativa de equilibrar os conflitos de interesses entre as mudanças operadas no mundo do trabalho pela técnica e a necessidade de se levar em consideração – sobretudo não esquecer – o sentido humano presente em qualquer atividade desenvolvida pelo homem, dado que o desafio é estabelecer o equilíbrio entre o capital e o trabalho, preservando a dignidade do ser humano com a valorização social do trabalho, pois como bem afirmou o Papa João Paulo II, na Encíclica *Laborem*, “a hierarquia dos valores, o sentido profundo do trabalho enfim que o capital esteja em função do trabalho e não o trabalho em função do capital”

4. OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DIANTE DOS AVANÇOS DA TÉCNICA

Da leitura do tópico antecedente, pode-se dizer seja com Laval e Dardot, com Delmas-Marty e também com Supiot que a questão essencial apresentada aos juristas pelas novas tecnologias, como a biotecnologia ou as tecnologias da informação e da comunicação, é identificar os riscos específicos que elas podem causar ao ser humano e deles se resguardar.

Nesse sentido, se o Direito Ambiental se vê às voltas com a maior crise ecológica da história, se o Direito Civil atualmente se vê enredado com novos desafios decorrentes do conhecimento científico no âmbito das biotecnologias como a biomedicina, nem por isso pode-se dizer que o Direito do Trabalho, que foi o pioneiro no enfrentamento dos problemas trazidos com o uso da técnica, experimenta uma situação de conforto, eis que também está diante de novos desafios, em especial aqueles representados pelos avanços no uso das tecnologia da informação e da comunicação e pelas repercussões da utilização das nanotecnologias no meio ambiente do trabalho. É o que se verá em seguida.

4.1 Tecnologias da informação e da comunicação: os novos desafios do Direito do Trabalho

No que se refere aos riscos decorrentes do uso das tecnologias da informação e da comunicação nas relações de trabalho, Supiot (2007, p. 163) vai dizer que eles são de dois tipos, ambos decorrentes das exposições a que são submetidos os trabalhadores pelas novas tecnologias. O primeiro risco expõe o trabalhador àquilo que ele vai chamar de *fantasia da ubiquidade* e que tem o efeito de fazer desaparecer o plano espaço-temporal comum para transportar o trabalhador ao mesmo tempo para um mundo virtual e num “tempo real”, isto é, instantâneo. O segundo risco vai expor o trabalhador naquilo que ele vai chamar de *fantasia da transparência*, em decorrência da qual fica permanentemente exposto aos mais diversos tipos de máquinas e equipamentos, que monitoram todo e qualquer tipo de movimento e o desafio atual é estabelecer limites a essas fantasias.

4.1.1 O problema da ubiquidade

Para Supiot, desde quando o homem deixou para trás o seu lado nômade e se fixou de forma permanente em determinado lugar, a sua atividade laboral sempre foi configurada a partir de um contexto espacial-temporal bem definido. Diz ele:

A referência aos tempos e lugares do trabalho está hoje onipresente em nosso Direito do Trabalho, trate-se de definir as obrigações das partes no contrato, de solucionar conflitos de leis e de jurisdições, de qualificar a doença, o acidente etc¹⁵.

15 Especificamente no que se refere à caracterização do acidente do trabalho ou da doença a ele equiparado, a regulamentação leva em conta o elemento espaço-tempo para fins de enquadramento. Basicamente, configura-se acidente de trabalho quando o infortúnio ocorre no local de trabalho e durante a jornada de trabalho. Mas mesmo antes do surgimento das novas tecnologias da informação e da comunicação por força das quais as fronteiras entre local de trabalho (a fábrica, a sede da empresa, etc) e a residência e entre o tempo à disposição da empresa (jornada de trabalho diária normalmente com um intervalo de descanso de uma a duas horas) e o tempo destinado à vida pessoal, familiar ou social, se embaralharam ou se confundiram, o Direito do Trabalho e o Previdenciário já recorriam à ficção para a caracterização do acidente do trabalho. Nesse sentido, o simples deslocamento do trabalhador no sentido local de trabalho-residência ou no sentido contrário já é suficiente para caracterizar acidente do trabalho como se o evento ocorresse no local de trabalho propriamente disso. No mesmo sentido, eventuais doenças de que possa ser vítima o trabalhador, independentemente de sua manifestação ocorrer no local de trabalho ou fora dele, são equiparadas ao acidente de trabalho para os fins da lei, desde que existente o nexo de causalidade entre a atividade profissional desenvolvida pelo obreiro e a doença. Diante desse quadro, o rompimento, ou mais propriamente, o desaparecimento

Ora, é uma banalidade observar que as novas tecnologias da Informação e da comunicação fazem esse contexto espacial-temporal explodir, que elas apagam a duração e as fronteiras e transportam o Homem para um mundo virtual onde não há dia, nem noite, nem distância. Mais exatamente, transportam para ele suas faculdades mentais, ao passo que seu corpo biológico fica plantado ali, sentado atrás de um monitor de vídeo ou pendurado num celular, indisponível para as trocas com seu ambiente imediato. (SUPIOT, 2007, p. 164)

Essa explosão de que fala Supiot, a ser entendida no sentido de embaralhamento, confusão ou mesmo esgarçamento das fronteiras entre o local do trabalho e o ambiente familiar, entre duração do trabalho e repouso, se insere em um processo que tem origem no nascimento do Direito do Trabalho e com a revolução industrial. De acordo com o autor, o primeiro rompimento entre o espaço-tempo das máquinas e o da vida humana se deu com a exploração das energias fósseis e com o progresso dos meios de comunicação, quando então o Direito do Trabalho foi chamado a intervir para restaurar uma linha de espaço e de tempo que fosse suportável para o ser humano.

Mais adiante, com o progresso científico que trouxe a iluminação a gás, seguida pela elétrica, a produção industrial emancipou-se dos ritmos da

da fronteira local de trabalho-residência do trabalhador pode trazer dificuldades a mais na configuração do acidente de trabalho. Nesse sentido, considere-se a seguinte situação hipotética: imagine-se um teletrabalhador, em sua residência, diante de um monitor de vídeo. Pressionado pelo empregador para cumprir as metas estabelecidas – é fechamento do mês e ele tem que zerar as pendências –, ele perde qualquer referência espaço-temporal e não se dá conta de que o corpo precisa de repouso para restaurar suas energias. De tanto ficar conectado à tela do computador, subitamente é vítima de um deslocamento de retina que provoca uma lesão irrecuperável no olho esquerdo, que perde totalmente a visão. Ou é vítima de uma queda e quebra a clavícula porque dividindo-se entre tarefas domésticas – o preparo do café da manhã, por exemplo – e laborais (não pode desviar a atenção da tela do *tablet* e o mantém grudado ao corpo como se fosse dele uma extensão) ao se deslocar não vê um obstáculo à sua frente e acaba tropeçando. Ou, por último, imagine que esse mesmo trabalhador à distância, de tanto se posicionar numa postura incorreta ao trabalhar com o computador ou qualquer outro equipamento de informática, acaba sendo vítima de uma lesão irreversível na coluna lombar que o incapacita definitivamente para o trabalho. Nessas hipóteses listadas, configura-se um acidente de trabalho ou um mero acidente doméstico? O empregador deve ser responsabilizado, agiu ele com culpa ou se trata de responsabilidade objetiva? Ou teria o teletrabalhador agido com culpa exclusiva ou concorrente que exime total ou parcialmente a responsabilidade do empregador? E se o evento ocorreu no domingo, destinado ao repouso semanal? E se a ocorrência tivesse ocorrido durante o veraneio numa praia, durante as férias, entre um aperitivo e um comando no computador? A situação hipotética criada acima tem apenas o objetivo de demonstrar a complexidade do problema e que vai exigir do Direito do Trabalho mais um esforço no sentido de subordinar a técnica a uma razão e sentido humanos.

natureza (a diferença entre noite dia deixou de ter sentido para o funcionamento das máquinas e para a produção), o que expôs a classe trabalhadora a uma jornada de trabalho longa, exaustiva e incompatível com os limites do corpo humano, razão pela qual o Direito do Trabalho mais uma vez foi chamado a intervir, dessa vez para limitar a duração do trabalho, bem como para assegurar o intervalo para descanso dentro e após a jornada, seguindo-se, logo depois, os descansos semanais e o anual, impondo assim limites à vida do trabalho. “O impossível, o Direito substituiu pela proibição” e foram criados “os novos ritmos de vida que ordenam a vida do homem moderno e a organização de seu território, metrô, trabalho, sono, feriados”. (SUPIOT, 2007, P. 164).

Para Supiot, é esse contexto de tempo e de espaço, construído progressivamente ao longo de um século pelo Direito do Trabalho, que se encontra atualmente abalado pelas novas tecnologias da informação e da comunicação, além de expô-lo às fantasias da ubiquidade. De fato, no que tange à ubiquidade, as novas tecnologias trouxeram de volta um problema antigo que se imaginava totalmente superado: a falta de uma limitação da jornada de trabalho.

Com efeito, no passado, para combater as jornadas exaustivas, o Direito do Trabalho limitou inicialmente a duração do trabalho no dia, posteriormente na semana, e, por fim, durante o ano, assegurando assim as chamadas férias anuais. E essas conquistas hoje estão abaladas pelas tecnologias da informação e da comunicação que expõem o trabalhador à fantasia da ubiquidade¹⁶: está sempre disponível em todo lugar e toda hora para trabalhar¹⁷, daí a necessidade de impor novos limites para o fim de recompor e reconstituir as unidades de tempo e de lugar compatíveis com a vida real e humana do trabalhador.

Com efeito, hoje o trabalho pode ser realizado em casa (teletrabalho¹⁸), no escritório ou na rua, ou enquanto se espera o trem ou o ônibus, e isso tem que ter limites, para que se estabeleçam as fronteiras necessárias entre a vida

16 A situação hipotética mencionada na nota de rodapé acima é uma prova disso.

17 Mesmo em um contexto de tempo e de lugar tradicional, qual seja, aquele em que o trabalhador exerce sua atividade dentro do estabelecimento do empregador e limitado a uma jornada de trabalho definida em lei, algumas conquistas frequentemente se veem ameaçadas. É o caso, por exemplo, amplamente noticiado na mídia eletrônica dando conta de que várias multinacionais obrigam os operários a usarem fraldas geriátricas para evitar o uso do banheiro com o único objetivo de aumentar a produtividade e não se trata de história da revolução industrial como denúncia a reportagem e que pode ser vista no seguinte endereço: <http://www.revistaforum.com.br/2016/06/06/multinacionaisobrigam-trabadores-a-usar-fralda-e-veram-banheiro/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

18 O teletrabalho chegou de vez ao Judiciário. Modalidade de trabalho à distância já experimentado por diversos tribunais de forma isolada, recentemente o CNJ aprovou normativo (Resolução n. 227/2015) para ser aplicado no âmbito do Poder Judiciário de um modo geral. Dentre as várias justificativas para a adoção de uma resolução regulando a matéria,

privada e a vida no trabalho. Ou seja, o fenômeno é de uma verdadeira confusão de tempo, embaralhamento e porosidade entre uma coisa e outra, entre um local e outro, tudo provocado pelas novas tecnologias, daí a necessidade de se estabelecer uma concordância entre o tempo do trabalho e o do lazer, descanso ou repouso, enfim, da vida privada, familiar ou social.

Para Supiot, as novas tecnologias acabaram com um fenômeno típico em torno do qual a indústria se organizou e se desenvolveu inicialmente: a concentração dos trabalhadores em torno da fábrica e a separação entre o *habitat* e a cidade, modelo que foi rompido com as novas tecnologias, cuja origem pode-se dizer que é datada na mudança do modelo fordista para o *toyotismo* em matéria de produção.

Essa organização espacial se esfacela com as novas tecnologias da comunicação, e o desenvolvimento de um trabalho que incide sobre sinais acessíveis em todos os lugares, e não mais sobre coisas materiais entrepostas em algum lugar. A dispersão dos trabalhadores tende então a substituir a concentração deles. Mesmo fisicamente reunidos num mesmo lugar, os trabalhadores voltados para o monitor de vídeo não formam uma comunidade ligada pela unidade de ação. Mesmo diante de seu cliente, esse trabalhador está sobretudo mobilizado por sua relação binária com o computador. A indiferenciação dos locais tende a prevalecer sobre a separação da fábrica, da rua e do domicílio, quando o mesmo trabalho pode ser efetuado onde quer que seja: no escritório, em casa, no trem, etc. Desse modo, surge a questão de saber como limitar essa dispersão e essa indiferenciação, para preservar um espaço de trabalho que seja a um só tempo salubre no plano físico e suportável no plano social. (SUPIOT, 2007, p. 165).

Por outro lado, Supiot esclarece que é na questão do tempo de trabalho que as transformações jurídicas introduzidas pela “sociedade da informação e da comunicação” foram mais precoces e mais profundas. Ele lembra que

constam as seguintes: a importância do princípio da eficiência para a Administração Pública; o avanço tecnológico, notadamente após a implantação do processo judicial eletrônico (PJE); a necessidade de regulamentar o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário, a fim de definir critérios e requisitos para a sua prestação; as vantagens e benefícios diretos e indiretos resultantes do teletrabalho para a Administração, para o servidor e para a sociedade e a experiência bem-sucedida nos órgãos do Poder Judiciário que já adotaram tal medida, a exemplo do Tribunal Superior do Trabalho-TST, do Conselho Nacional da Justiça do Trabalho-CNJ e do Tribunal Regional Federal-TRF 4ª Região.

a organização do tempo decorrente da revolução industrial apresentava duas grandes características: havia um tempo coletivo diretamente ligado à concentração física dos trabalhadores em torno das máquinas e ao lado disso, a organização obedecia a um código binário representado por dois elementos opostos: tempo de trabalho e tempo livre, que representava a separação entre local de trabalho e os locais destinados à vida privada e familiar. Ocorre que essa lógica de organização vai sofrer uma ruptura com o advento da sociedade da informação e da comunicação, por força da qual o tempo coletivo vai dar lugar a um tempo individual, “uma vez que o trabalho já não repousa na mobilização de um exército industrial, mas numa interação ‘em tempo real’ entre indivíduos”. Em decorrência disso, no lugar de um tempo devidamente dividido entre tempo de trabalho e tempo livre surge “uma confusão de tempos ligada à porosidade dos locais introduzidas pelos novos meios de comunicação e pelas novas formas de organização do trabalho que eles permitem” (SUPIOT, 2007, p. 167).

E é diante desse cenário que o Direito do Trabalho mais uma vez é chamada a intervir com o objetivo de limitar a individualização e a confusão dos tempos, com o fim de assegurar tempos individual e socialmente suportáveis. Seu centro de gravidade se desloca da organização coletiva do trabalho para a vida pessoal do trabalhador. Para Supiot,

emerge assim um princípio de concordância dos tempos, que é uma aplicação daquele, mais geral, de adaptação do trabalho ao Homem. No plano individual, esse princípio significa que cada qual deve ter condições de fazer que concordem os diferentes tempos de que se compõem sua vida. Cumpre, para isso, refrear o *ubris* patronal de flexibilidade total do “capital humano” (serviços vinte e quatro sobre vinte e quatro horas, sete sobre sete dias e trabalho “*just in time*”).[...] No plano coletivo, o princípio da concordância dos tempos impõe preservar o direito a uma vida familiar e social normal, em conformidade com as prescrições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Essa ideia hoje segue seu caminho, tanto na lei como na jurisprudência. (SUPIOT, 2007, P. 167-168). Itálicos no original.

Se na França, como aponta Supiot, tanto a legislação quanto a jurisprudência já despertaram para a necessidade do direito, mais uma vez, exercer o papel de intermediador entre o homem e a técnica, no Brasil, aparentemente o legislador ainda não se deu conta da necessidade de restabelecer

as fronteiras entre o tempo/ lugar do trabalho e tempo/ lugar da vida pessoal/ social do trabalhador, de sorte a (re)estabelecer os limites necessários – uma conquista cuja luta tem origem no período da revolução industrial – e evitar a confusão e o embaralhamento entre tempos de natureza diversa.

De fato, no Brasil não existe nenhuma lei que tenha como objeto a regulamentação do teletrabalho no sentido de disciplinar especificamente a atividade laboral desenvolvida pelo teletrabalhador, em especial acerca das condições de trabalho relacionadas como a duração da jornada e o local em que ele é executado, daí a dificuldade de solução de um conflito de interesse que envolva, por exemplo, o fato hipotético descrito na nota de rodapé nº 14, acima.

Com efeito, a única norma legal que trata do assunto é a Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, mas ela apenas se limita a alterar o artigo 6º da CLT para nele acrescentar um parágrafo único onde equipara o trabalhador em regime de teletrabalho ao trabalhador presencial. Nos termos do referido parágrafo, “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. Nada além do que isso¹⁹, o que leva à necessidade de se pensar cada vez mais na emergência de um direito que bem poderia ser denominado de *direito à desconexão* que contemple uma nova regulamentação no âmbito das relações do trabalho para suprir as atuais insuficiências das fontes, enfim que assegure ao trabalhador o direito de se desconectar, de sorte a assegurar que o restabelecimento das fronteiras entre o tempo e o local do trabalho e o tempo e a vida privada e/ou social.

4.1.2 O problema da transparência

O mesmo problema verificado com a *ubiquidade* ocorre em relação à *transparência*, que também precisa de limites.

Ao tratar da questão, Supiot, para quem a transparência tem duas versões, uma democrática e outra ditatorial, introduz o tema falando da importância da transparência e diz que assim como uma sociedade democrática inteiramente transparente protege seus membros das tentações totalitárias, a apropriação privativa das ferramentas da transparência pode produzir efeitos negativos.

¹⁹ Aliás, no Brasil, lembre-se: nem mesmo o direito do trabalhador de proteção em face da automação estabelecido no inciso. XXVII, do artigo 7º da CF se tornou efetivo, pois se ressentido de regulamentação, o que só confirma o caráter tardio de nosso país.

Se a história recente viu bem um desenvolvimento imenso da circulação das informações, ela também viu estender-se a apropriação privativa delas, assim como a dos grandes meios de comunicação, contrariamente às utopias cibernéticas. Ora, quando a transparência se torna unilateral, ela fica o contrário exato dessa utopia e gera um mundo onde o grande número se torna transparente a um pequenino número que, por sua vez, permanece na sobra e controla todos os meios de informação e de comunicação, quer diretamente pela apropriação das mídias ou das normas técnica de comunicação, quer indiretamente pela publicidade e pela propaganda. Esse risco é evidente e particularmente grande na empresa que, desde a era industrial, persegue o ideal do um controle pan-óptico²⁰ dos assalariados mediante uma direção detentora de todos os segredos. Sob esse ponto, as novas tecnologias da informação e da comunicação não vêm contradizer o velho modelo industrial, mas lhe dão, ao contrário, os meios de um exercício sub-reptício, em que a digitalização e a rastreabilidade dos dados vêm substituir os olhos do contramestre. (SUPIOT, 2007, p.169).

Atualmente, nas relações de trabalho, a digitalização e a rastreabilidade de dados tomam o lugar dos olhos do vigia ou do olheiro do patrão. Revistas íntimas, câmeras de monitoramento em tudo quanto é lugar (“*sorria, você está sendo filmado*”) invadem a privacidade alheia sem qualquer tipo de consulta prévia. Enfim, monitoramentos à distância, a partir por meio de um aparelho celular ou até mesmo por satélite, destinados a saber o local onde o empregado se encontra e o que está fazendo naquele momento são uma prática comum hoje em dia, fenômeno que vem sendo chamado de *cibervigilância dos trabalhadores*.

Se antes, ao tempo do maquinismo industrial que colocava em perigo a saúde e a integridade física do trabalhador, a preocupação era

²⁰ A origem do termo é atribuída a um dos percussores do positivismo jurídico, o jus-filósofo inglês Jeremy Bentham que concebeu a ideia de uma penitenciária ideal que, em formato circular, permitiria a um vigia instalado numa posição central e, portanto, privilegiada, observar todos os prisioneiros sem que estes tenham conhecimento de que estão sendo observado. Essa é a ideia do panóptico, um sistema originariamente concebido para as penitenciárias, mas que poderia ser utilizado não só nas prisões como também em escolas, hospitais ou fábricas – que, como já registrado, reproduzem o modelo militar –, mantendo-se assim um controle total. O tema vai ser trabalhado, mais tarde, na perspectiva de uma sociedade disciplinar por Michel Foucault, no livro *Vigiar e Punir*, mas serão Pierre Lévy e Dwight Howard Rheingold, dois dos mais importantes teóricos das novas tecnologias, os responsáveis pela difusão no mundo da ideia de controle total dos indivíduos, a qualquer tempo e em qualquer lugar, não importa o que se esteja fazendo, pelos novos meios de informação e comunicação.

conferir ao direito a função de se interpor entre os corpos de trabalho e a máquina, daí as regras de proteção (limitação de jornada, idade mínima para o trabalho, remuneração mínima, higiene, segurança e saúde do trabalhador), principalmente em relação às mulheres e crianças (o futuro), com as novas tecnologias da informação e da comunicação o problema se desloca e muda de alvo, pois dessa vez é a integridade intelectual que se vê ameaçada, mas o problema jurídico continua sendo o mesmo, ou seja: como deixar as máquinas suportáveis, eis o busilis da questão. Ou, como dirá Supiot, “como usá-las sem ser escravizados por elas?”

Como a ameaça que elas fazem pesar é de natureza intelectual, e não física, ela se exerce também sobre as empresas como sobre os trabalhadores. As empresas necessitam de um mínimo de opacidade, tanto do ponto de vista da vida dos negócios como no da segurança técnica de suas instalações e de seus produtos ou serviços. Desenvolveram para isso um conjunto de meios técnicos e jurídicos, que visam controlar a circulação das informações referentes a elas. Mas essa necessidade legítima só faz aumentar a tendência à cibervigilância dos assalariados, que, também eles, precisam ter sua intimidade protegida do olhar alheio. (SUPIOT, 2007, p. 170-171).

Outro desafio importante que as tecnologias da informação e da comunicação fizeram surgir é o relacionado com a responsabilidade civil. Como se sabe, um dos pioneirismos do Direito do Trabalho reside justo nessa área. É que, no passado, com o surgimento da máquina industrial que, necessariamente, pressupõe um ser humano para com ela lidar, surgiu no campo da responsabilidade civil uma nova questão: quem deveria responder civilmente por eventuais danos causados pelo uso das máquinas?

Supiot vai lembrar que foi o Direito do Trabalho quem saiu mais uma vez na frente em matéria de solução ao estabelecer que no caso de acidente de trabalho o empregador é quem deve responder, tratando-se, pois, de responsabilidade objetiva²¹ e de risco e esse paradigma veio revolucionar o direito em matéria de reponsabilidade civil, favorecendo, inclusive, o surgimento de outro ramo, o Direito Previdenciário.

Essa questão está de volta com o avanço das tecnologias da informação e

21 Veja-se que o Direito Civil durante muito tempo, a exemplo do que ocorreu no Brasil, só trabalhava com a ideia de responsabilidade com culpa, recaindo sobre a vítima o ônus da prova.

da comunicação, pois como pontua Supiot, “as novas tecnologias da informação e da comunicação começaram a apresentar ao Direito da responsabilidade uma questão de amplitude comparável: quem deve responder pelas informações incorporadas ao instrumento informático ou veiculadas por ele?”. Para o autor, o grande problema a dificultar a imputação de responsabilidade se deve ao fato de que as informações trafegam em rede e não existe um epicentro. “Como identificar, de fato, um responsável num tecido de vínculos desprovido de centro?”, indaga. De toda sorte, Supiot destaca que o Direito do Trabalho já possui alguns instrumentos que permitem varar o biombo das pessoas jurídicas e das cadeias de subcontratação para remontar à fonte de certas decisões econômicas que circulam nas redes de empresa²². (SUPIOT, 2007, p. 174).

4.2 As nanotecnologias e o meio ambiente do trabalho - de novo o Direito do Trabalho e o caso Brasil

Com diz Supiot, a questão da domesticação jurídica das técnicas surgiu no Direito do Trabalho, mas atualmente ultrapassa as fronteiras das relações de produção e não diz respeito tão somente a esse ramo específico do Direito. O risco agora passa para o Direito Civil com as possibilidades proporcionadas pelas biotecnologias em matéria de estado das pessoas, a partir da questão relacionada com a filiação, sobretudo em face dos progressos técnicos que hoje permitem identificar com quase certeza o genitor biológico. Nesse sentido, da mesma forma que ontem a revolução industrial promoveu mudanças na relação entre o capital e o trabalho, exigindo do Direito o acompanhamento dessas mudanças, intervindo ou proibindo, atualmente o mesmo fenômeno acontece no âmbito das relações privadas, naquilo que pode ser chamado de uma verdadeira “revolução genética”, que está a exigir do direito se mantenha ele no exercício de sua função antropológica de instituição da vida humana, atuando como uma técnica para humanizar a técnica, pois essa é a marca peculiar das técnicas jurídicas, a sua razão de ser.

Mas não é somente para o Direito Civil que as novas tecnologias, incluídas as biotecnologias, representam um desafio. Para o Direito Trabalho também, sobretudo no que se refere especificamente aos efeitos que as nanotecnologias²³ podem provocar no meio ambiente do trabalho.

Com efeito, como vão dizer GÓES e ENGELMANN (2015, p. 117),

²² Outra questão na qual o Direito do Trabalho demonstrou vanguarda: retirar o véu que cobre as pessoas jurídicas. Nesse sentido, os institutos como o da despessoalização da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) e o reconhecimento da responsabilidade solidária entre empresas no caso de cadeias de subcontratações são medidas que foram adotadas em primeira mão pelo Direito do Trabalho.

²³ De acordo com DUPAS, Gilberto (*Uma sociedade pós-humana? Possibilidade e riscos da*

“as nanotecnologias são a expressão da transformação e progresso tecnológico. Como inovação tecnológica, as nanotecnologias encantam a humanidade pelas facilidades e potencialidades ofertadas”. Todavia, eles fazem um alerta:

Ocorre que as novas tecnologias não só produzem efeitos benéficos ao homem e reflexos na economia global, mas, também, geram efeitos nocivos direta e indiretamente na vida das pessoas. Entrementes, a tradicional fonte do Direito, sobretudo para o Brasil, a lei, não avançou na mesma proporção ou no mesmo passo que a produção tecnológica. Por isso, essa irradiação que as nanotecnologias projetam na vida das pessoas constitui a preocupação do presente estudo, mormente quanto à vida do trabalhador. (GÓES e ENGELMANN, 2015, p. 118).

É que, como dizem os autores, muito embora a atuação das nanotecnologias seja marcada pela generalidade tanto em relação ao meio ambiente como em relação ao cotidiano da vida do homem comum, certamente são os trabalhadores os primeiros a sentirem os seus efeitos por uma razão bem simples: eles estão ligados à fabricação, produção e à manipulação das nanotecnologias. (GÓES e ENGELMANN, 2015, p. 9). Para os autores, contrariando uma característica no mundo, no Brasil o Direito do Trabalho não vem acompanhando os avanços da tecnologia no âmbito das nanotecnologias:

Em se tratando de nanotecnologias, o Direito, na sua forma tradicional (previsão em lei) ainda não acolheu tal matéria atinente, instaurando-se, assim, um quadro de ausência de marcos regulatórios específicos quanto às nanotecnologias. Mormente quanto ao trabalho humano e sua relação-decorrência com as nanotecnologias, a ausência de tratamento legal a este fato laboral é uma característica do Direito do Trabalho brasileiro que, aliás, deixou e deixa de acompanhar muitos outros fatos carentes de previsão. (GÓES e ENGELMANN, 2015, p. 10)

nanotecnologia. In: NEUTZLING, Inácio; ANDRADE, Paulo Fernando Carneiro de. *Uma sociedade pós-humana: possibilidades e limites das nanotecnologias*. Porto Alegre: Editora Unisinos, p. 57-86), “Nanotecnologia é um conjunto de técnicas multidisciplinares que permitem o domínio de partículas com dimensões extremamente pequenas (as nanopartículas) exibindo propriedades mecânicas, óticas, magnéticas e químicas completamente novas. A nanotecnologia está associada a várias áreas de pesquisa e produção em escala atômica (medicina, eletrônica, computação, física, química, biologia e materiais)”.

A rigor, o problema não é apenas do Direito do Trabalho, mas sim do direito de um modo geral, em especial do Direito Civil, diante da total ausência de marcos regulatórios no Brasil em matéria de nanotecnologias, tudo se limitando apenas a um projeto de lei que tramita na Câmara Federal²⁴.

Nesse sentido, pode-se dizer com GÓES e ENGELMANN que a ausência de uma regulação legal em matéria de nanotecnologias, seja no aspecto geral dos seus efeitos ou naqueles relacionados diretamente com a saúde, proteção e segurança dos trabalhadores que as manipulam no seu meio ambiente do trabalho, vai gerar um cenário de insegurança, ainda mais num contexto de riscos desconhecidos e futuros como é próprio dessa nova tecnologia.

Muito embora ainda sejam desconhecidos os efeitos nocivos da manipulação da nanotecnologia, afinal se trata de uma técnica ainda recente e tudo indica que somente no futuro serão efetivamente conhecidos, Góes e Engelmann vão dizer que

Não obstante o fato de que os efeitos nocivos são desconhecidos, mas que se pressupõem sua atuação dada as características das nanopartículas, ainda que os efeitos alcancem o meio ambiente e o homem nas mais variadas formas de exposição, sem dúvidas, os trabalhadores são os destinatários diretos desses efeitos. Qualquer análise dos estudos e pesquisas citados nos itens anteriores deste capítulo leva a mais nítida conclusão de que tanto na produção direta, manipulação, exposição, ou produção de um material que tenha componentes tecnológicos ou parte de uma tecnologia nano, impactarão nos trabalhadores envolvidos nesse processo. (GÓES e ENGELMANN, 2015, p. 139).

Para os autores, isso dá origem a um fenômeno que eles vão denominar de *fato laboral nanotecnológico* e que se ressentem de regulamentação legal e pode ser entendido como “todo o trabalho que decorre da produção de, contato com, exposição às ou manipulação de nanotecnologias, sobretudo das nanopartículas, tanto diretamente, como indiretamente com produtos derivados ou que empreguem tais nanotecnologias” (GÓES e ENGELMANN,

24 Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.741/2013, que dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, além de outras providências e que cuja tramitação poder ser acompanhada no seguinte endereço: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idPeoposicao=60033>>. Acesso em 26 jul 2016.

2015, p. 140). E quanto aos riscos, acrescentam ainda que

as pesquisas que foram e estão sendo feitas revelam *efeitos nocivos* que, sem dúvida, podem atingir os trabalhadores. Dentre outras conclusões apontadas nos estudos acima referidos, adota-se como exemplo duas pesquisas em que se constatou a acumulação residual de nanopartículas no fígado de peixes e de animais de laboratórios. Somando-se tais constatações às pesquisas que conformam que as nanopartículas, uma vez ultrapassada a barreira hematoencefálica e inseridas no fluxo sanguíneo, podem causar processos inflamatórios ou efeitos cancerígenos, tornam-se críveis os efeitos nocivos que podem acometer os trabalhadores que fabricarem, manipularem ou simplesmente ficarem expostos às nanotecnologias, observadas as particularidades e circunstâncias de cada caso concreto. [...] Não obstante as descobertas mencionadas, as conclusões científicas ainda são muito incertas e suscitam muitas dúvidas, pois não se sabe efetivamente se as nanopartículas, independentemente da atuação de outros fatores ou agentes, podem, por si só, causar danos à saúde. (GÓES e ENGELMANN, 2015, p. 140). *Itálicos na origem.*

A par disso, segundo GÓES e ENGELMANN (2015, p. 146), embora as configurações do cenário não sejam definitivas, desse mesmo cenário emerge um paradoxo. É que enquanto as nanotecnologias ainda se desenvolvem num ambiente de incerteza e são desconhecidos seus efeitos, uma coisa pode ser dada como certa: as modificações atômicas decorrentes da manipulação das nanotecnologias produzirão efeitos nocivos à saúde e à segurança do trabalhador, que estarão em constante risco.

Ocorre que para o enfrentamento desses riscos, a legislação brasileira não dispõe de nenhuma norma específica, eis que a principal norma no âmbito das relações de trabalho existente no Brasil é a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT que, em matéria de segurança, proteção e saúde do trabalhador só trabalha com os riscos já conhecidos, numa palavra: equipara risco à prevenção. Nesse sentido, nos termos da CLT, prevenir é a forma de evitar riscos já conhecidos e que podem levar a um acidente de trabalho típico ou a ele equiparado de que são exemplos doenças do trabalho ou doenças ocupacionais. Em síntese: acerca dos riscos futuros e desconhecidos, nenhuma palavra, o que deixa o trabalhador nanotecnológico totalmente desprotegido.

De fato, o Direito – já foi dito aqui várias vezes – nem sempre

acompanha os avanços da técnica, embora o Direito do Trabalho, como também já demonstrado, historicamente se apresenta como sendo o ramo do direito que mais se antecipou na relação com a técnica com o objetivo de adaptá-la aos objetivos humanos, dando-lhe também um sentido compatível com o seu *ser*. De todo modo, não se pode ignorar o fato de que o direito quase sempre anda atrás do fato, como bem lembrado pelos autores quando, fazendo expressa referência a Supiot, dizem que normalmente são os avanços da técnica que provocam mudanças no direito como ocorreu com a informática, pois foi a partir de seu surgimento que o direito despertou para o fato da necessidade de se legislar sobre a matéria. (GÓES e ENGELMANN, 2105, p. 129).

Para os autores, diante da insuficiência das atuais fontes de Direito e enquanto o vazio normativo não é preenchido²⁵, a solução passa pela adoção de medidas protetivas a serem adotadas pelos próprios empregadores e que visem à proteção do trabalhador no meio ambiente de trabalho e diante das nanotecnologias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é de conhecimento geral, a técnica é uma ferramenta necessária, no mais das vezes imprescindível, e faz parte da vida do ser humano seja para o bem ou para o mal. E diante desse cenário, o direito não pode se limitar a exercer uma função meramente contemplativa ou omitir-se para com a realidade da vida, daí se exigir dele um olhar mais atento e interventivo, acionando-se assim mais firmemente o exercício de uma função antropológica diante da técnica. Nessa relação, o direito, a par de acompanhar o desenvolvimento da técnica, assume o relevante papel de humanizá-la, de adaptá-la às razões e propósitos humanos, função para a qual o Direito do Trabalho, desde o seu nascedouro, se revelou vocacionado, constituindo-se num exemplo privilegiado.

O Direito do trabalho, como sabem todos, tem em uma das suas atribuições dogmáticas, fazer o equilíbrio entre o capital, a livre iniciativa – catapultada, sobretudo, pelos avanços da técnica – e o trabalho humano e seu valor social. Desde o advento da revolução industrial que o Direito do Trabalho foi precocemente convocado a exercer o papel de intermediador entre o homem e a técnica, projetando sobre essa relação a sua função antropológica, qual seja a de colocar o homem numa posição de centralidade, de tal arte a

²⁵ Os autores chegam a propor um Projeto de Lei específico que altera a Consolidação das Leis Trabalhistas para regular o que eles chamam de *fato laboral nanotecnológico* com o fim de, com fundamento nos direitos humanos do trabalhador e nos direitos fundamentais de um modo geral, proteger o trabalhador dos riscos futuros e desconhecidos que possam advir da produção e da manipulação das nanotecnologias.

fazer valer, como se cravadas na pedra, as palavras de João Paulo II, inscritas na Encíclica *Laborem*, segundo as quais “a hierarquia dos valores, o sentido profundo do trabalho enfim que o capital esteja em função do trabalho e não o trabalho em função do capital”.

Por outro lado, não se deve perder de vista que a função antropológica não só do Direito do Trabalho como de qualquer outro segmento, em especial o Direito Civil, que também se vê desafiado pelos avanços da técnica no campo das biotecnologias, não desaparece quando as técnicas se transformam, avançam ou passam de uma para outra.

É certo que quanto mais se avança na técnica, maior é o desafio a ser enfrentado pelo direito no exercício de sua função antropológica, que quase sempre chega tarde. Exemplo disso é o desafio provocado pelo uso das nanotecnologias. Embora não se saiba ainda exatamente quais, sabe-se que as nanopartículas podem provocar efeitos nocivos e impactos destrutivos não só no cotidiano das pessoas em geral como na vida daqueles que lidam diretamente com elas no meio ambiente do trabalho. A par dos benefícios que podem trazer para a vida das pessoas, e isso é fato, existem riscos (ainda futuros e desconhecidos) de provocar dano à saúde da população em geral e, particularmente, ao trabalhador que pode ser vitimado duplamente: como pessoa comum ou como trabalhador no seu ambiente do trabalho.

Diante desse cenário, não se sabe até que ponto o Direito do Trabalho e o Direito Civil se encontram preparados para enfrentar mais esse desafio. Isso, por si só, já causa um estranhamento, uma inquietação, mesmo porque o homem, quando dominado pela técnica, quase sempre não respeita os limites da vida e nem da natureza.

No plano específico, do Direito do Trabalho, cabe a ele exercer o mesmo protagonismo que o caracterizou a partir do início período clássico da era industrial e que se prolongou durante os últimos dois séculos, de modo a possibilitar, como diz Supiot, que os fracos virem suas armas contra aqueles que o usam para explorá-los, pois se é certo, como a História registra, que o direito é vocacionado para equilibrar os mais diversos interesses, que fique claro que todo e qualquer ato destinado a equilibrar interesses contrários é movido e pautado por uma questão anterior: a razão humana, à qual devem se subordinar a política, a ciência e a técnica.

Essa a questão fundamental: a capacidade do Direito de chamar à razão as mais diversas formas de exercício de poder político ou do poder

técnico. É essa capacidade, segundo Supiot, que merece ser lembrada e sempre defendida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DUPAS, Gilberto. *Uma sociedade pós-humana? Possibilidade e riscos da nanotecnologia*. In: NEUTZLING, Inácio; ANDRADE, Paulo Fernando Carneiro de. *Uma sociedade pós-humana: possibilidades e limites das nanotecnologias*. Porto Alegre: Editora Unisinos, p. 57-86.
- FERNANDES, Pádua. *Reseña de “Homo juridicus: essa sur la fonction anthropologique du Droit” de Alain Supiot*, in Prisma Jurídico, n.5, 2006, pp. 349-352.
- GÓES, Maurício de Carvalho; ENGELMANN, Wilson. *Direito das nanotecnologias e o meio ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *Común: ensayo sobre la revolucion em el siglo XXI*. Barcelona: Editorial Gedisa S.A, 2015.
- MULTINACIONAIS obrigam trabalhadores a usar fralda e vetam banheiro. In: Revista Forum, 2016. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2016/06/06/multinacionaisobrigam-trabahadores-a-usar-fralda-e-veram-banheiro/>>. Acesso em: 26 jul. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang; PETERLE, Selma Rodrigues. *Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Identidade Genética*. In Cadernos IHU ideias, ano 8, n. 128, 210
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Porto Alegre: Editora Sulinas, 2014.

O QUE A ÁRVORE SÍMBOLO DO PIAUÍ TEM A VER COM TRABALHO DECENTE?

*Regina Coelli Batista de Moura Carvalho**
*Ana Ligyán de Sousa Lustosa Fortes do Rego***

Resumo:

Este artigo tem por objetivo abordar o trabalho da extração da palha da carnaúba no Piauí, árvore símbolo deste Estado, que é responsável por 60% da produção nacional, e a necessidade de fiscalização e conscientização do trabalho realizado na sua extração, para o fim de concluir pela necessidade de incentivar o trabalho decente, objetivo do desenvolvimento sustentável (ODS n. 8) da Agenda 2030 da ONU. Utiliza como metodologia texto conceitual e teórico normativo, com análise de ações judiciais que tratam da matéria para reforçar os argumentos apresentados.

Palavras-Chaves: Agenda 2030. Trabalho decente. Carnaúba.

Sumário: 1. Introdução. 2. Brasil e a agenda 2030 da ONU. 3. Trabalho decente: preocupação com a inclusão do trabalhador. 4. Palha da carnaúba: condições do trabalho da extração no Piauí. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em 2015 foram concluídas as negociações da Agenda 2030, elaborada coletivamente pelos Estados Membros da Organização das Nações Unidas (ONU), com a participação do Brasil. Após vários debates, os Estados Membros assinaram tal Agenda, com o compromisso de implementarem os 17 (dezessete) objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS), em suas

* Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPA. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Professora do Curso de Direito da UFPI. Email: reginacoellic@gmail.com.

**Mestranda em Direito, Democracia e Mudanças Institucionais pela UFPI. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Email: analigyán@gmail.com.

dimensões social, econômica e ambiental, no período de 2016 a 2030, tendo como objetivo primordial a erradicação da pobreza.

Dentre os objetivos, com a ODS8 os estados membros se propõem a “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos” (ONU, 2015).

Diante disso, como problema, no presente artigo, questiona-se qual a relação entre a árvore símbolo do Piauí e o trabalho decente.

Sob a perspectiva desse ODS8 da Agenda 2030, o artigo tem o objetivo de apresentar alguns aspectos da Agenda 2030, para entendimento da sua importância, bem como a noção de trabalho decente. Ainda, para responder o questionamento acima proposto, também se analisam as condições em que o trabalho de extração da palha da carnaúba é realizado no Estado do Piauí, responsável por 60% da produção nacional. Vale lembrar que a carnaúba é a árvore símbolo do Piauí.

A abordagem do artigo é, como o foi a pesquisa, conceitual e teórico normativa, mas analisa também ações judiciais que tratam da matéria para consolidar argumentos. Para tanto, se pesquisou ações civis públicas (ACP) ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) – Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região, após fiscalização realizada em parceria com a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE) no Piauí.

O desenvolvimento do texto está dividido em três seções, quais sejam: Brasil e a Agenda 2030 da ONU; Trabalho decente: preocupação com a inclusão do trabalhador; e Palha da carnaúba: condições do trabalho da extração no Piauí.

2. BRASIL E A AGENDA 2030 DA ONU

Em 2015, os 193 Estados Membros das Nações Unidas reunidos em Genebra para a 70ª sessão da Assembleia Geral em Genebra assinaram o documento “Transformando Nosso Mundo – a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, um verdadeiro esforço mundial para a melhoria das condições de vida. Trata-se de uma real e efetiva mudança de paradigma.

A agenda 2030 é composta por 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS's), 169 metas e 241 indicadores de cumprimento desses objetivos, não se tratando de mera carta de intenções, pois além dos ODS's, trata também dos meios de implementação de cada um dos objetivos e dos mecanismos para acompanhamento do cumprimento deles e das metas.

Registre-se que os Estados Membros da ONU reúnem-se anualmente no Fórum Político de Alto Nível, em nível ministerial, e a cada quatro anos em nível de chefes de estado, na Cúpula dos ODS's, para analisar a implementação

dos ODS's em cada Estado Membro. A Agenda 2030, portanto, é documento de importância global, orientando a gestão de políticas públicas nas três dimensões do desenvolvimento sustentável – econômica, social e ambiental dos 193 Estados Membros da ONU, abrangendo países desenvolvidos e em desenvolvimento. No Brasil, o Decreto Presidencial n. 8.892, de 27 de outubro de 2016 criou a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com o objetivo de elaborar planos de ação para implementação da Agenda 2030, propor estratégias e ações para a implementação dos ODS's, acompanhar e monitorar o desenvolvimento dos ODS's e elaborar relatórios periódicos, identificar e divulgar boas práticas, dentre outras atribuições.

Especificamente em relação às condições de trabalho, o ODS n. 8 prevê a meta 8.7 - Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas, tendo o Brasil adaptado a Meta 8.7 para até 2025 erradicar o trabalho em condições análogas às de escravo, o tráfico de pessoas e o trabalho infantil, principalmente nas suas piores formas.

Também o referido ODS n. 8 estabelece como meta 8.5 alcançar, até 2030, o emprego pleno e produtivo com trabalho decente para todos. Com efeito, no Brasil e, em consequência no Piauí, a implementação de trabalho decente para mulheres e homens é uma meta a ser alcançada, com erradicação do trabalho em condições análogas à de escravo e do trabalho infantil em sua piores formas, até 2025, como visto acima. Para tanto, há necessidade de se fomentar o trabalho decente, como previsto na ODS n. 8 e que será a seguir abordado.

3. TRABALHO DECENTE: PREOCUPAÇÃO COM A INCLUSÃO DO TRABALHADOR

O trabalho faz parte da vida humana e vincula pessoas, famílias, comunidades e nação. Nesse sentido, o trabalho funciona como um importante fator de inclusão social, trabalho que tem via de mão dupla, na medida em que também pode ser responsável pela exclusão de pessoas do mundo do trabalho, seja por desemprego, por ausência de oportunidades ou outras causas, criando divisões sociais e, em muitos países, sem a proteção adequada, os trabalhadores e suas famílias ficam mais vulneráveis à exploração.

Daí a importância do crescimento econômico inclusivo, com a preocupação do fomento ao trabalho, não necessariamente de emprego, mas de meios lícitos de sustento e sobrevivência. Esse crescimento econômico inclusivo abrange, de acordo com a meta 8.3 do ODS n. 8, a promoção de políticas orientadas para o desenvolvimento que apoiem, dentre outras, as atividades produtivas e a geração de emprego decente.

Entretanto, o Relatório Luz da Agenda 2030 apontou que, em relação à Meta 8.5, “apesar da pequena elevação do PIB em 2017, não há indicadores que apontem para melhoria da qualidade do emprego no País”. Por sua vez, o Relatório da OIT “Perspectivas sociais e de emprego no mundo 2016-Transformando empregos para acabar com a pobreza” alerta para a existência de um déficit global de empregos de qualidade, o que repercute diretamente no cumprimento global do ODS 1, de “acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares”.

Tais indicadores demonstram que muito ainda precisa ser realizado na compatibilização do crescimento econômico inclusive e o trabalho decente. Com efeito, não basta o crescimento apoiado nos indicadores de Produto Interno Bruto (PIB) (meta 8.1), mas o crescimento que proporcione altos níveis de produtividade e inovação tecnológica (sustentado), porém minimizando as chamadas externalidades negativas, ou seja, promovendo geração de emprego decente, assim impulsionando uma maior distribuição da riqueza e diminuindo as agressões ao meio ambiente, repercutindo, ao final, no bem-estar geral do maior número de pessoas e aumento de ofertas de trabalho.

Apesar do PIB ser um indicador de renda média real de uma nação, a efetiva fruição das rendas no sentido de propiciar um aumento na qualidade de vida das pessoas não depende meramente da sua renda pessoal, mas também do padrão distributivo da renda nacional e de outros serviços básicos como educação básica e acesso à ciência médica moderna. Nesse sentido é que o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) passou a utilizar tal metodologia com a adoção desde o final do século XX o Índice de desenvolvimento humano, na premissa de uma análise mais condizente ao processo de desenvolvimento social humano. Com efeito, o IDH além da medição do aspecto meramente econômico, avalia também questões de educação e saúde e, com esses indicadores procura-se traçar medidas para a inclusão das pessoas no mundo do trabalho.

O trabalho não é mercadoria. Essa afirmação histórica consta na Declaração sobre os fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho - OIT, proclamada na Filadélfia, em de 10 de maio de 1944, então chamada Declaração de Filadélfia (OIT, 1944). O trabalho, na Declaração de Filadélfia, é, para o homem, “*uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral.*”. O trabalho, portanto, deve ser decente¹.

Nesse sentido, muito se tem discutido sobre o trabalho decente, com múltiplas referências, abordagens essas que podem ser feitas sob diversos prismas (CECATO, 2012, p. 7). A Organização Internacional do Trabalho

1 Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 23 jun. 2019.

(OIT)², passou a adotar a expressão “trabalho decente” a partir da proposta da agenda de 1999, do então Diretor Geral, Juan Somavía, que resultou no Programa da OIT para 2000-2001.

A proposta do trabalho decente pela OIT chamou atenção no mundo globalizado porque, no qual grandes são os problemas trabalhistas e as dificuldades do desemprego, assim, a preocupação da OIT em articular o trabalho decente e produtivo para todos os homens e mulheres, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, não apenas no setor formalizado, mas abrangente a todos os trabalhadores, inclusive informais, revelou-se de extrema importância (SEN, 2000, p. 129-130).

Nesse sentido, a agenda do trabalho decente não é um padrão mínimo de modelo normativo a ser seguido por todos os estados membros (VOSKO, 2002, p. 26). Na verdade, a agenda do trabalho decente possui dimensões centrais abertas para as especificidades regionais com base na vida diária dos trabalhadores possibilitando uma conquista gradativa de proteção também para os trabalhadores marginalizados.

Tal programa consiste, basicamente, em promover e aplicar os princípios e direitos fundamentais no trabalho; criar maiores oportunidades para trabalhadores a conseguir empregos decentes; melhorar a cobertura e eficácia da proteção social para todos e fortalecer o tripartismo e o diálogo social.

Nesse sentido, a OIT não apresenta uma definição oficial de trabalho decente e, como critério orientador de todas as ações da OIT, optou-se, como indicado por Somavía (2014, p. 564-565) pelo fomento do trabalho decente para se tornar global, já que esse trabalho sintetiza compromisso de direitos fundamentais no trabalho e proteção social, para o alcance de uma vida digna, antagonizando-se, portanto, com formas de trabalho em condições degradantes.

O trabalho decente, como defende Somavía (2014, p. 11; 580 e 618), não é uma noção intelectual, mas a forma de trabalho com liberdade, igualdade, segurança e dignidade humana, consistindo em dinâmica definição, ou seja, muda à medida que uma sociedade avança suas formas sustentáveis de

2 A OIT foi criada pelo Tratado de Versalhes com o objetivo de promover as condições de trabalho em padrões internacionais e o bem-estar dos trabalhadores, com preocupação: a) humanitária, em razão da situação de aviltante exploração dos trabalhadores, constando no preâmbulo da sua Constituição que as condições de trabalho existentes implicam em injustiça, miséria e privações para um grande número de seres humanos; b) de caráter político, em razão da situação dos trabalhadores que poderia dar origem a conflitos sociais, eis que a injustiça constitui uma ameaça para a paz e harmonia universais; e c) de ordem econômica, ante a posição de desvantagem assumida pelas indústrias que adotassem medidas humanitárias (cujo custo do produto ficaria bem maior) em relação às demais que não adotassem essa postura.

ganhar a vida e à medida que adquira mais recursos. Começa pela eliminação da pobreza, mas não só. Não é só sobrevivência; é busca de vida plena, na qual o trabalhador possa canalizar todos os seus talentos e todas as suas energias.

Com efeito, não há como se separar vida e trabalho do homem. O trabalho molda o homem e afeta sua vida em todas as dimensões. Nesse sentido, o trabalho decente propicia a vivência digna do trabalhador, não só no ambiente do trabalho, mas em suas manifestações na sociedade e no seu próprio ser. Como observa Ghai (2003, p. 121), o trabalho decente é também a possibilidade de se conseguir emprego, com segurança no trabalho e condições de trabalho seguras.

Conclui-se, assim, que a OIT coloca o trabalho decente como o ponto de convergência de quatro pilares estratégicos, quais sejam: respeito aos direitos no trabalho, destacando-se que no Brasil há um avançado arcabouço de proteção ao trabalhador, mesmo que em tempo recente tenha ocorrido retrocesso na legislação trabalhista, com preocupação quanto à proteção do trabalho; a promoção do emprego produtivo e de qualidade, que permitem ao trabalhador contribuir com o crescimento da sociedade na qual vive ao tempo em que também cresce como ser humano; extensão da proteção social a permitir o amparo do trabalhador para realização do trabalho que lhe proporcione sobrevivência tranquila e sua inserção social; e o fortalecimento do diálogo social, através da participação ativa do trabalhador nas escolhas políticas para o trabalho, organizado coletivamente ou não.

Abordada a noção de trabalho decente, passa-se a analisar as condições do trabalho da extração da palha da carnaúba no Piauí.

4. PALHA DA CARNAÚBA: CONDIÇÕES DO TRABALHO DA EXTRAÇÃO NO PIAUÍ

A carnaúba³ é, através de escolha por votação popular, a árvore símbolo do Estado do Piauí, conforme Decreto-Lei estadual n. 17.378, de 25 de setembro de 2017.

Conforme ensinam Silva e Gomes (*apud* CARVALHO, 2017), é “uma palmeira da classe Monocotiledônea, componente da família *Palmae* (*Arecaceae*) e pertence ao gênero *Copernicia*. Seu nome comum ou vulgar, “carnaúba” tem etimologia na língua indígena Tupi, que significa “árvore que arranha”, em referência às características de suas folhas, ao longo do pecíolo, fileiras de espinhos muito resistentes”.

O Brasil o único país produtor da cera natural da carnaúba o Piauí, por sua vez, é o maior produtor de cera da carnaúba, planta nativa só existente

³ Nome científico *Copernicia prunifera*.

nesse Estado e no Ceará, na sua maior parte, além de no Rio Grande do Norte e Maranhão em menor escala (IBGE, 2018). A cera extraída do pó da carnaúba é exportada para os Estados Unidos, Japão e Alemanha, para uso principalmente, na indústria química, alimentícia, farmacêutica e de cosméticos.

Dessa forma, a extração da palha da carnaúba é importante para a economia do Piauí, sendo responsável pelo trabalho de muitos sertanejos ainda mais quando o período da extração da palha coincide com o período da estiagem quando os trabalhadores rurais enfrentam problemas de subsistência.

E a importância se revela também porque o Piauí é um dos estados mais pobres do Brasil. Ele está localizado no vale do Parnaíba, no Nordeste Ocidental ou Meio-Norte do Brasil e abrange uma área de aproximadamente 251.611 km² (IBGE, 2016), o que corresponde a 16,18% da área total da região Nordeste e aproximadamente 2,95% do território nacional (RODRIGUES, 2012, p. 15). Assim, diante de sua dimensão territorial configura-se como o terceiro maior Estado do Nordeste e décimo primeiro do Brasil.

Por sua vez, conforme dados da Síntese de Indicadores Sociais de 2018 (IBGE, 2018), o Piauí está entre os estados cujo mais de 45% da sua população está abaixo da linha de pobreza. Efetivamente é um dos estados mais pobres do Brasil.

Nesse contexto, historicamente o trabalho da extração da palha da carnaúba, no Piauí, é caracterizado por não garantir direitos trabalhistas, por precárias condições de trabalho, bem como realizado de forma rudimentar e sem fiscalização, condições que podem ser caracterizadas análogas à condição de escravo, contrapondo-se em suas formas ao trabalho decente.

Em razão de várias denúncias, a partir de 2013 o MPT e a SRTE passaram a fiscalizar a extração da palha da carnaúba, que resultou em várias ações judiciais. Com efeito, em pesquisa realizada no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, nos processos judiciais eletrônicos, foram encontradas, nas Varas do Trabalho do interior, seis ações ajuizadas pelo MPT alegando trabalho em condições análogas à de escravo em razão do trabalho na extração da palha da carnaúba. Dentre elas, quatro são ações civis públicas que tramitaram na Vara do Trabalho de Oeiras⁴, Vara do Trabalho de Parnaíba⁵, Vara do Trabalho de Picos⁶ e Vara do Trabalho de Piripiri⁷.

Todas as ações ajuizadas pelo MPT são referentes a trabalho realizado na zona rural, com trabalho em condições análogas à escravidão na extração da palha da carnaúba, sendo os empregadores quase todas pessoas físicas, com exceção de uma expressa exportadora da palha da carnaúba, responsável

4 Processo n. 0000861-26.2017.5.22.0107.

5 Processo n. 0000125-89.2018.5.22.0101.

6 Processo n. 0001684-46.2016.5.22.0103.

7 Processo n. 0000103-19.2018.5.22.0105.

por ser a intermediária da cadeia produtiva, na compra para exportação da referida palha da carnaúba. Em todas as ações predomina alegação de trabalho degradante por não disponibilização de água potável, local inadequado para realização das refeições e necessidades fisiológicas ou, quando existente, sem condição de higiene, com produção dos alimentos ao relento.

Em todas essas ações foram realizados acordos, sendo que na ação que tramita na Vara do Trabalho de Oeiras, cujo réu na referida ação consta da Lista Suja, houve julgamento em relação a trabalhador que não realizou acordo, tendo sido o empregador condenado no pagamento das verbas rescisórias, não havendo apreciação do pagamento da indenização do dano moral coletivo em razão da desistência formulada pelo MPT. Na ação que tramitou na Vara do Trabalho de Picos apenas foi firmado o compromisso quanto a obrigações de não fazer, enquanto que nas ações que tramitaram nas Varas do Trabalho de Parnaíba e de Piripiri houve previsão, naquela de pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) e, nesta, além da obrigação de doação de bens móveis novos e sem utilização, limitada ao valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para a Gerência Regional do Ministério do Trabalho e Emprego em Parnaíba-Pi, também ficou obrigado, a título de indenização, até o limite de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a custear integralmente a elaboração, editoração e impressão de cartilha institucional e educativa, elaborado pelo MPT, a respeito do cumprimento de normas de proteção ao trabalho nas atividades de corte e extração de pó da carnaúba. Salutar a preocupação com elaboração de cartilha educativa para sociedade e trabalhadores, a fim de tomarem consciência das condições degradantes de trabalho, com informação de como deve ser realizado o trabalho em dignas condições na extração da palha da carnaúba.

Importante registrar que figura no polo passivo dessa ação a empresa que compra a palha da carnaúba para sua exportação, sendo, portanto, responsável pelas condições de trabalho nas etapas da cadeia produtiva. Com efeito, as empresas importadoras do produto não mais comprarão se tiverem conhecimento de exploração do trabalho em condição análoga à de escravo na cadeia produtiva⁸.

Foram encontradas também duas ações que ainda estão tramitando na Vara do Trabalho de Parnaíba⁹ e são referentes a execução de Termo de Ajuste de Conduta (TAC)¹⁰ firmado com os empregadores que utilizavam o

8 Reportagem disponível em: <https://www.meionorte.com/noticias/trabalho-escravo-afasta-exportadores-da-cera-de-carnauba-do-piaui-333043>. Acesso em: 23 jun. 2019.

9 Processo (Ex. TAC) n. 0001994-24.2017.5.22.0101 e n. 0001984-77.2017.5.22.0101.

10 TAC é um acordo/compromisso que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo, instrumento esse que tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial.

trabalho em condições análogas à de escravo na extração da palha da carnaúba, obrigações essas que foram descumpridas.

Também como resultado da fiscalização foi efetuada a inclusão de empregadores no Cadastro de Empregadores Infratores¹¹, que, no caso do Piauí, dos seis empregadores que constam na referida última Lista Suja, publicada em abril de 2019, quatro são referentes a submissão de trabalhadores em condições análogas à de escravo na exploração da extração da palha da carnaúba, nas fazendas e nos municípios piauienses de Santa Cruz do Piauí (povoado Areal, na zona rural), Esperantina (povoado Caraíbas, zona rural), Cajazeiras do Piauí (povoado Grotões, zona rural) e Barras (Localidade Marumba, na zona rural) (BRASIL, 2019). Observou, contudo, do cotejo das ações ajuizadas com o Cadastro de Empregadores Infratores que nem todos os empregadores que constam da Lista Suja são réus em ações na Justiça do Trabalho, assim como também nem todos os réus das ações analisadas constam da referida Lista.

Conclui-se, assim, que atualmente, ainda em razão de uma herança histórica, as condições de trabalho na extração da palha da carnaúba ainda estão distantes das condições de trabalho decente, mas o trabalho na extração da palha de carnaúba é essencial para a economia do Piauí, razão pela qual revela-se relevante a discussão e implementação de medidas para modificar essa situação de exploração do trabalho. Medidas essas que, com efeito, já tem sido adotadas pelo MPT e SRTE, além do Judiciário, quando acionado para agir em ações que tratam de tais questões, mas não são suficientes.

Nesse contexto, torna-se importante a fiscalização, a conscientização tanto dos fazendeiros, dos trabalhadores, dos produtores e consumidores da importância do fomento do trabalho decente, seja em situações de criação de empregos com a proteção da legislação trabalhista, seja na busca de medidas de proteção social, além do incentivo do diálogo social, a buscar soluções para o crescimento econômico da região de forma a incluir o trabalhador em trabalho decente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A agenda 2030, especificamente através de seu ODS n. 8, estabelece o compromisso dos Estados Membros da ONU de fomentarem o crescimento inclusivo, sustentável e sustentado, assim como também o trabalho decente. Para além dos números do PIB, mister observar com mais importância os índices de IDH, cabendo aos Estados Membros, portanto, a adoção de políticas

11 Tal Cadastro é conhecido como “Lista suja”, importante instrumento, no Brasil, de coerção estatal no combate ao trabalho escravo, foi instituído por meio da Portaria n. 1.234, de 17 de novembro de 2003, do MTPS, e consiste em publicação semestral da lista de empregadores que submetem trabalhadores a condições análogas à de escravo.

públicas comprometidas com a redução da pobreza, através do incentivo à geração de trabalho e do empreendedorismo que preserve o meio ambiente sustentável para as gerações presentes e futuras. Trabalho esse que deve ser decente, ou seja, inicialmente com a possibilidade de se conseguir trabalho, com respeito aos direitos no trabalho, com segurança e com condições de trabalho seguras.

A extração da palha da carnaúba é de suma importância para a economia piauiense, servindo como meio de subsistência típico da região para muitos trabalhadores. As particularidades da extração e do manejo da palha, aliado ao fato de ser árvore típica da zona rural de uma das regiões mais pobres do País, estagnaram o modo de produção, isto é, não houve o desenvolvimento de tecnologias para melhoria das condições de trabalho, tornando os trabalhadores mais vulneráveis da região vítimas de trabalho em condições degradantes.

Nesse contexto, o trabalho em condições análogas às de escravo na extração da palha da carnaúba no Piauí possui dupla face. Na medida em que contribui positivamente, a curto prazo, para o crescimento da economia do Estado; contribui negativamente, a longo prazo, pois afasta as empresas estrangeiras, principais consumidoras do produto, receosas com os danos à sua imagem e consequente redução dos lucros, ante a utilização de trabalho escravo na sua cadeia produtiva. E tal forma de exploração do trabalho é contrário ao crescimento econômico inclusivo e destoa do trabalho decente.

Verificou-se no presente artigo que o MPT e a SRTE têm adotado medidas de fiscalização e o MPT tem judicializado ações, contra os empregadores que não realizam o TAC, para coibir a exploração do trabalho em condições análogas à de escravo na extração da palha de carnaúba.

Como medidas eficazes para o cumprimento do ODS n. 8 da Agenda 2030 no Estado do Piauí em relação à extração da palha da carnaúba, deve-se intensificar a fiscalização do trabalho nessas áreas, e adotar políticas públicas específicas para o setor, no sentido de conscientizar tanto os fazendeiros, os trabalhadores, os produtores e consumidores da importância do fomento do trabalho decente. Faz-se necessária ainda a criação de postos de trabalho, a busca de medidas de proteção social e o diálogo social.

Por fim, dada a importância da extração da palha da carnaúba para a economia piauiense, deve-se travar uma luta conjunta do governo, das instituições e da sociedade, com o intuito de se erradicar do Estado a utilização, na extração da palha da carnaúba, de trabalho em condição análoga à de escravo para que possa vingar a mensagem da letra do hino do Piauí no sentido de que se concretize para o seu povo trabalhador “A esperança no verde de suas matas”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. MTE. 2019. Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a trabalho em condições análogas à de escravo. 2019. Disponível em: http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SIT/CADASTRO_DE_EMPREGADORES_2019_6_13.pdf. Acesso em: 28 jun. 2019.

CARVALHO, JOSÉ NATANAEL FONTENELE DE. Novas dinâmicas nas relações de trabalho no extrativismo da palha de carnaúba, *Copernicia prunifera* (Miller) H. E. Moore, à luz do trabalho decente. Tese (Doutorado em Desenvolvimento e Meio ambiente) – Universidade Federal do Piauí. Teresina, p. 188.2017. Disponível em: <http://repositorio.ufpi.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1205/Tese%20de%20doutorado%20Jos%C3%A9%20Natanael%20Fontenele%20de%20Carvalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 jun. 2019.

CECATO, Maria Aurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da declaração de 1986 da ONU. *Prima Facie*. João Pessoa, v. 11, n. 20, ano 11, jan-jun., 2012, p. 23-42. Disponível em: [file:///C:/Users/JUIZ/Downloads/13805-24643-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/JUIZ/Downloads/13805-24643-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 02 maio 2019.

GHAI, Dharam. Travail décent: concept et indicateurs. *Revue internationale du Travail*, v. 142, n. 2, 2003, p. 121-157.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTA. IBGE. Produção da extração vegetal e da silvicultura. PVES. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/economicas/agricultura-e-pecuaria/9105-producao-da-extracao-vegetal-e-da-silvicultura.html?&t=downloads>. Acesso em: 15 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. 2015. Agenda 2030. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 26 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. 1944. Declaração da Filadélfia. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 23 jun. 2019.

SEN, Amartya. *Travails et droits*. *Revue Internationale du Travail*, v. 139, Genebra : OIT, 2000, p. 129-139.

SOMAVÍA, Juan. El trabajo decente: un imperativo del desarrollo. In: _____. *El trabajo decente: una lucha por la dignidade humana*. Santiago: Organización Internacional del Trabajo, 2014. p.561-620.

VOSKO, Leah F. Decent work: the shifting role of the ILO and the struggle for global social justice. 2002. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1468018102002001093>. Acesso em: 02 maio 2019.

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL – ANÁLISE DO CASO JOSÉ PEREIRA NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AVANÇOS ATUAIS

*Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz**

Resumo:

O trabalho escravo contemporâneo tem ocorrido em solo pátrio mesmo depois da solução amistosa assinada pelo Brasil no Caso nº 11.289 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Mas alguns avanços ocorreram no combate a esta chaga social que ainda resiste à total erradicação, em especial na seara legislativa. O presente trabalho pretende demonstrar que a prática constitui ofensa à dignidade da pessoa humana, além de analisar de forma mais detalhada o chamado Caso José Pereira, apresentando as principais práticas ocorridas após o caso em prol da erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

Palavras-chave: Trabalho escravo contemporâneo. Dignidade da pessoa humana. Caso José Pereira.

Sumário: 1. Introdução. 2. Configuração do trabalho escravo contemporâneo: ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 3. O reconhecimento do problema do Brasil – Análise do caso José Pereira na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 4. Os principais avanços na seara legislativa após o Caso José Pereira. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios das sociedades contemporâneas, em especial àquelas que permeiam o bloco ocidental, e que se dizem civilizadas com atenção aos direitos fundamentais, partindo da premissa que são direitos humanos devidamente positivados nas Cartas Constitucionais, é justamente encontrar paradigmas de efetivação, arrancando-os pura e simplesmente do estado latente em que se encontram nos textos.

* CARLOS WAGNER ARAÚJO NERY DA CRUZ – Juiz do Trabalho (Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região), Professor Efetivo do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho (Universidade Cândido Mendes – UCAMRJ), Mestrado em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande de Sul – PUCRS).

O direito ao trabalho foi alçado pela Constituição Federal do Brasil de 1988 como um direito nitidamente social, conforme se depreende do art. 6º da Carta Magna. No mesmo texto, no art. 193 confere ao trabalho o primado de toda ordem social da República Federativa do Brasil. Um dos fundamentos da mesma República, inclusive, além da livre iniciativa, é o trabalho humano, conforme se depreende logo no arcabouço do art. 1º da mesma Carta. Todos esses paradigmas indicam a verdadeira relevância do trabalho humano na estrutura principiológica da Constituição Federal brasileira.

Apesar disso, o trabalho escravo contemporâneo ainda resiste em solo nacional como uma chaga que não quer cessar. Muito se avançou após o julgamento do Caso nº 11.289, o conhecido Caso José Pereira, que culminou coma a Solução Amistosa de 24 de outubro de 2003 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Como exemplos, que merecem análise, encontram-se a tipificação prevista no art. 149 do Código Penal Brasileiro que dispõe sobre crime de redução à condição análoga à de escravo, bem como a Proposta de Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil de nº 57-A, de 1999, recentemente aprovada pelo Senado Federal que propõe a alteração do art. 243 da Constituição Federal do Brasil.

Os desafios ainda são grandes para os aplicadores do direito no Brasil, especialmente porque no trato do trabalho escravo contemporâneo, além do viés jurídico da questão, há também grandes questões político-sociais envolvidas, cujo interesse de quem se mostra detentor do poder econômico no país se contrapõe aos anseios de uma massa de trabalhadores que ainda não se encontra sobre o manto protetor do direito do trabalho mínimo previsto no art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil.

2. CONFIGURAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é considerada um dos princípios estruturantes da República Federativa do Brasil, bastando para comprovar isso um breve olhar no art. 1º da Carta Magna. Os direitos dos trabalhadores no Brasil são considerados direitos humanos fundamentais, conforme se observa pelo art. 7º do mesmo Texto Supremo.

As regras trabalhistas, por conta disso, são consideradas de ordem pública e de natureza absoluta, cuja renúncia somente é autorizada em casos excepcionais e, mesmo assim, apenas diante do Estado-Juiz.

Relevante notar, como afirma Romita, que “no campo das relações de trabalho, a violação mais grave da dignidade da pessoa humana consiste na

prática do trabalho escravo, ou trabalho forçado.”¹

É evidente, portanto, que mesmo nas relações de natureza privada, onde haja a execução de uma relação de trabalho, o princípio da autonomia da vontade deve ser mitigado em prol da proteção jurídica do trabalhador. No conflito ou ponderação entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira hipótese sempre deve prevalecer, pois as pessoas não podem ser tratadas como objeto. Nesse sentido, afirma Moraes²:

Como regra geral dia decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações jurídicas privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.

Além disso, o trabalho enquadra-se na Constituição Federal da República Federativa do Brasil como um direito social típico. Bem por isso, padece de baixa eficácia, inclusive porque não possui ação específica no ordenamento jurídico pátrio para efetivá-lo, como ocorre no caso dos direitos individuais, no exemplo da limitação do direito à liberdade, que possui ação constitucional para resguardá-lo (*habeas corpus*).

Os direitos sociais a prestações, ao contrário, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, encontram-se vinculados a tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitam.³ A efetivação de direitos sociais, dentre eles o trabalho, exige do Estado, portanto, uma posição positiva de cumprimento, de aplicação de políticas públicas para concretizá-los. Caso o Estado não cumpra seu papel de garantidor dos direitos sociais, por meio do Poder Executivo, cabe ao Poder Judiciário fazê-lo, o que hoje vem se chamando de ativismo judicial.

De fato, nas relações trabalhistas sempre ocorre lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana todas as vezes que haja configuração de trabalho escravo contemporâneo, eis que tal prática iguala o trabalhador e mero objeto, retirando-lhe o arcabouço protetor dos direitos consagrados aos trabalhadores pelo Texto Ápice, além de tolher seu direito fundamental à liberdade.

1 ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2. ed. rev e aum – São Paulo: LTr, 2007. pág. 269.

2 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Adalcy Rachid Coutinho ... [et. al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. pág. 145.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. rev atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2007. pág. 301.

3. O RECONHECIMENTO DO PROBLEMA DO BRASIL – ANÁLISE DO CASO JOSÉ PEREIRA NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Formalmente a escravidão no Brasil foi abolida pela Lei Áurea, de nº 3.353, em 13 de maio de 1888, assinada pela então Princesa Isabel. Durante muitos anos após, contudo, levas de escravos libertos tiveram como destino as periferias das grandes cidades brasileiras.

Ocorre que a escravidão contemporânea, ao contrário da escravidão abolida em 1888, está mais vinculada aos brasileiros pobres e que moram nos Estados mais pobres da Federação. Geralmente são pessoas oriundas dos estados do Maranhão, Piauí e Tocantins, são iletradas, analfabetas ou com pouquíssimos anos de estudo, na sua maioria homens e em sua grande maioria (98%) entre 18 e 40 anos (75%)⁴

O caso José Pereira, então, pode ser considerado um marco na história do Brasil para que o problema realmente fosse reconhecido, em face de ofensas a direitos humanos fundamentais, resguardados pelo Pacto de San José da Costa Rica de 1969 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Pela mesma Corte recentemente, em outubro de 2016, o Brasil foi condenado no Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, em que a decisão chegou a uma conclusão importante, qual seja, a imprescritibilidade do delito de trabalho escravo. O Brasil foi condenado a adotar várias outras medidas, dentre elas a ressarcir as vítimas identificadas no Caso. Mas, por uma questão de corte epistemológico da análise de Casos, limita-se aqui a análise do Caso José Pereira pela sua importância histórica e pelo seu pioneirismo no enfrentamento da questão em nível internacional.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi prevista no art. 34 do Pacto de San José da Costa Rica e, conforme art. 41 do mesmo texto, tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos.⁵

O caso em análise foi submetido à referida Comissão. Vejamos, então, o resumo do caso⁶

4 AUDI, Patrícia. A escravidão não abolida. In Trabalho Escravo Contemporâneo. O desafio de superar a negação. Velloso, Gabriel & Fava, Marcos Neves, coordenadores. São Paulo: LTr, 2006. pág 75.

5 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20 de março de 2018.

6 O Caso José Pereira de nº 11.289 consta no Relatório nº 95/2003 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as informações sobre os mesmos serão utilizadas com base no respectivo relatório da Comissão.

As entidades denunciantes foram duas organizações não governamentais Américas Watch e Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), que apresentaram uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil, na qual alegaram fatos relacionados com uma situação de trabalho escravo e violação do direito à vida e direito à justiça na zona sul do Estado do Pará. Alegaram que o Brasil violou os artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade pessoal), XIV (direito ao trabalho e a uma justa remuneração) e XXV (direito à proteção contra a detenção arbitrária) da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem e os artigos 6º (proibição de escravidão e servidão); 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) em conjunção com o art. 1(11), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Os peticionários alegaram que José Pereira foi gravemente ferido, e que outro trabalhador rural foi morto quando ambos tentaram escapar, em 1989, da Fazenda Espírito Santo, onde tinham sido atraídos com falsas promessas sobre condições de trabalho, sendo depois submetidos a trabalhos forçados, sem liberdade para sair e sob condições desumanas e ilegais, situação que sofreram com mais outros 60 (sessenta) trabalhadores.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu o caso em 22 de fevereiro de 1994 e encaminhou em 22 de março do mesmo ano ao Estado, que em 06 de dezembro de 1994 respondeu à denúncia alegando que os recursos da jurisdição internada não haviam sido esgotados. A Comissão Interamericana fez visitas *in loco* no Brasil em novembro de 1995, em Xinguara e à cidade de Belém no Estado do Pará. Em 24 de fevereiro de 1999 a CIDH aprovou um relatório sobre a admissibilidade como sobre o mérito do caso, declarando o caso admissível e, no mérito, concluiu que o Estado brasileiro era, de fato, responsável pelas violações mencionadas.

Em 14 de abril outubro de 2003 as partes apresentaram formalmente à Comissão o acordo de solução que haviam assinado em Brasília (capital do Brasil), no dia 18 de setembro de 2003. A CIDH aprovou os termos do acordo de solução amistosa assinado pelas partes, ou seja, houve uma homologação formal do acordo pela comissão.

Após a homologação do acordo de solução amistosa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos alguns avanços ocorreram no Brasil, apesar de não ainda erradicado por completo o trabalho escravo contemporâneo, cujos principais merecem destaque abaixo.

4. OS PRINCIPAIS AVANÇOS NA SEARA LEGISLATIVA APÓS O CASO JOSÉ PEREIRA

Um dos compromissos assumidos pelo Brasil após a homologação do acordo de solução amistosa assentou-se na modificação da legislação nacional, em especial o Código Penal Brasileiro, a fim de que houvesse a definição do crime de redução à condição análoga à de escravo. Nesse sentido, por meio da Lei nº 10.803, de 11.12.2003, o art. 149 do Código Penal pátrio⁷ passou a ter a seguinte redação, senão vejamos:

Redução a condição análoga à de escravo

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

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

7 BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto Lei nº 2.2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 20 de março de 2018.

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

É bom que se diga que mesmo antes do acordo assinado frente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, já tratava da matéria em duas Convenções.

O conceito de trabalho forçado ou obrigatório encontra-se previsto no art. 2º da Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, segundo o qual “compreenderá todo o trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.”⁸

Algumas atividades são excluídas do conceito acima como as exigidas em virtude do serviço militar obrigatório; serviços decorrentes de obrigações cívicas; serviços oriundos de condenação por parte do Poder Judiciário; serviços em situações de emergência, ou serviços comunitários; mas tudo em face da soberania de cada Estado ao disciplinar a matéria.

No Brasil não se pode impor pena de tal trabalho forçado, a teor do que dispõe o art. 5º, inciso XLVII, c, da Constituição Federal. Por outro lado, a obrigação legal a todos imposta no Brasil, como no caso do serviço militar, encontra-se prevista no art. 5º, inciso VIII, da mesma Carta. Fora de tais situações, em atenção ao princípio da legalidade, também talhado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, inexistente possibilidade de trabalho forçado ou obrigatório no ordenamento pátrio.

A Organização Internacional do Trabalho também tratou da matéria na Convenção nº 105 relativa à abolição do trabalho forçado. Nesse sentido, todo País-membro da OIT que ratificar a Convenção se compromete a abolir toda a forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso. Dentro da realidade do Brasil, assenta-se a hipótese “como método de mobilização e de utilização de mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico.”⁹

Na Convenção nº 105 da OIT tem-se a definição do trabalho forçado. Uma das grandes polêmicas em relação aos que negam a existência do trabalho escravo contemporâneo é a alegação de que o trabalho degradante não se

8 CONVENÇÃO nº 29 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/convencoes.php. Acesso em: 20 de março de 2018.

9 CONVENÇÃO nº 105 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/convencoes.php. Acesso em: 20 de março de 2018.

constitui trabalho escravo, mas apenas o trabalho forçado.

O trabalho degradante ocorre quando as condições mínimas da execução do contrato de trabalho (ou da relação de trabalho não subordinada) não são atendidas de forma eficaz. No Brasil, os direitos dos trabalhadores são considerados direitos fundamentais e por isso possuem natureza absoluta, não sendo possível de renúncia. Aqui se cita a título de exemplo, em especial, o salário mínimo nacional (CF, art. 7º, IV), a intangibilidade do salário e sua conseqüente irredutibilidade (CF, art. 7º, VI), a impossibilidade de retenção do salário pelo empregador (CF, art. 7º, X), a garantia de um ambiente com reduzidos riscos, além de saudável, higiênico e seguro (CF, art. 7º, XII).

O que se percebe claramente na tipificação pena prevista no art. 149 do Código Penal Brasileiro, é que o elemento objetivo do tipo inclui o conceito de trabalho forçado e trabalho degradante. Então, mostra-se claro que os dois eixos conceituais incluem a base da definição do trabalho escravo contemporâneo.

Tanto a limitação da locomoção do trabalhador quanto o descumprimento reiterado e efetivo dos direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores permitem a configuração crime, eis que as situações em si maculam a dignidade do trabalhador, considerado apenas como coisa diante da escala produtiva e do desejo de obtenção do lucro pelo empregador.

Em resumo, podemos afirmar que o trabalho escravo contemporâneo é aquele que envolve tanto o trabalho forçado, com limitação do direito de ir e vir do trabalhador, quanto o que envolve o trabalho degradante, com ofensas à dignidade do trabalhador durante a execução do contrato de trabalho, ou da prestação de serviços não subordinada, encontrando-se bem delineado pelo atual art. 149 do Código Penal Brasileiro.

Outro aspecto que se pode considerar positivo após a solução amistosa assinada pelo Brasil é a alteração do art. 243 da Constituição Federal. Pela Proposta de Emenda à Constituição 57-A de 1999, aprovada agora em 24 de março de 2014 pelo Senado Federal do Brasil, com a seguinte redação:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o

disposto no art. 5º¹⁰

Apesar do avanço da aprovação da PEC pelo Senado Federal do Brasil, ressalta-se que o texto ainda assim fez menção à definição do trabalho escravo na forma da lei. Ocorre que a lei já é bastante clara quando define as características do trabalho escravo, seja ele de natureza forçada, seja ele de natureza degradante, como alinhado no art. 149 do Código Penal Brasileiro, já mencionado em linhas passadas. Portanto, importante ressaltar que os aplicadores do direito no Brasil já dispõem de uma definição clara e objetiva de trabalho escravo, não havendo necessidade de se expressar outra definição legal para a configuração de tal crime.

Contudo, mesmo assim, não deixa de ser uma evolução significativa a alteração do art. 243 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

5. CONCLUSÃO

Em arremate ao presente trabalho científico é possível se chegar a algumas conclusões.

As relações de trabalho, mesmo que consideradas relações de natureza privado, não se curvam por completo ao princípio da autonomia da vontade entre as partes. É por isso que no direito do trabalho a prática mais daninha e que vilipendia o princípio da dignidade da pessoa humana é justamente a exploração do trabalho escravo contemporâneo, que se apresenta tanto na forma de trabalho forçado, quanto na forma de trabalho degradante.

O caso José Pereira foi um caso paradigmático em prol do combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Ao homologar a solução amistosa entabulada pela República Federativa do Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, prevista no Pacto de San José da Costa Rica, cumpriu seu papel institucional e concedeu a possibilidade do Estado pátrio evoluir no combate a tal chaga social, em especial no campo da produção legislativa.

O art. 149 do Código Penal Brasileiro, já como medida decorrente da solução amistosa, é um avanço na definição do trabalho escravo contemporâneo, disciplinando como crime a prática, seja ela trabalho forçado ou trabalho degradante. O elemento objetivo do tipo previsto no Código Penal

10 BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 57-A/99. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105791. Acesso em: 24 de março de 2014.

pátrio, por si só, já se mostra suficiente para definir tal prática.

Portanto, as teorias negativistas no sentido de que a prática não se mostra bem definida na legislação nacional devem ser rechaçadas. A Proposta de Emenda à Constituição nº 57-A de 1999, que recentemente foi aprovada no Senado Federal do Brasil, alterando o art. 243 da Constituição Federal (EC nº 81), previu a necessidade de norma infraconstitucional disciplinar o que seria trabalho escravo e, nesse sentido, não cumpriu seu papel republicano. Apesar de uma evolução após a decisão do Caso José Pereira, o mencionado dispositivo ainda deixou para o legislador definir as formas de trabalho escravo contemporâneo quando o próprio art. 149 do Código Penal pátrio já disciplinou o instituto.

Cabe ao intérprete do direito pátrio, pois, na análise dos casos concretos, aplicar as definições já existentes do trabalho escravo contemporâneo, que decorrem inclusive da solução amistosa homologada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fazendo com isso, que o princípio da dignidade da pessoa humana não seja vilipendiado na República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUDI, Patrícia. A escravidão não abolida. In Trabalho Escravo Contemporâneo. O desafio de superar a negação. Velloso, Gabril & Fava, Marcos Neves, coordenadores. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto Lei nº 2.2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 20 de março de 2018.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 57-A/99. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105791. Acesso em: 24 de março de 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20 de março de 2018.

CONVENÇÃO nº 29 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/convencoes.php. Acesso em: 20 de março de 2018.

CONVENÇÃO nº 105 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/convencoes.php. Acesso em: 20 de março de 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Adalcy Rachid Coutinho ... [et. al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2. ed. rev e aum – São Paulo: LTr, 2007.

RELATÓRIO N° 95/03. Caso 11.289. Solução Amistosa. José Pereira versus Brasil. 24 de outubro de 2003. Disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil,11289.htm>. Acesso em: 20 de março de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. rev atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2007.

**O LIMBO JURÍDICO:
O TRABALHADOR QUE É CONSIDERADO APTO PELO INSS
E INAPTO PELO EMPREGADOR.
UMA SOLUÇÃO HERMENÊUTICA
EM *PROL* DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

*Marco Aurélio Marsiglia Treviso**

Resumo:

Torna-se cada vez mais comum determinada empresa possuir algum empregado que encontra-se afastado, por incapacidade laborativa (decorrente, ou não, do contrato de trabalho), recebendo benefício previdenciário junto ao INSS. Chega-se o momento que esta benesse é cancelada. O trabalhador dirige-se à empresa, para retomar suas atividades profissionais. Ali chegando, submete-se a um exame clínico, ocasião em que o empregador constata a inaptidão para o trabalho. O empregado, neste contexto, não retoma a sua vida profissional junto ao tomador de seus serviços. Também não recebe benefício previdenciário. Fica alijado de qualquer fonte de renda. Neste contexto, é preciso buscar uma solução judicial que resguarde a garantia do *mínimo existencial*. Neste estudo procuraremos demonstrar que este importante papel foi colocado nas mãos da Justiça do Trabalho, após a última reforma constitucional.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho; benefício previdenciário; incapacidade laborativa.

Sumário: 1. O sofrimento do trabalhador. 2. Uma nova interpretação das normas constitucionais: em busca da competência da Justiça do Trabalho. 3. As vantagens para o trabalhador. 4. A segurança jurídica para o empregador. 5. Os efeitos da participação do INSS. 6. O desafogamento do Poder Judiciário. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

* Juiz Titular da 01ª Vara do Trabalho de Uberlândia (MG). Máster em “Teoria Crítica dos Direitos Humanos”, pela *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilha, Espanha). Mestre em Direito Público, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Universidade Federal de Uberlândia – FADIR/UFU (MG). Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, em Uberlândia (MG).

1. O SOFRIMENTO DO TRABALHADOR

É muito comum o Poder Judiciário Trabalhista ser chamado a enfrentar a seguinte situação: determinado empregado encontra-se afastado de suas atividades, por força de benefício previdenciário (auxílio-doença comum ou acidentário), até o momento em que esta prestação é cancelada, pelo fato de que o INSS o considerou apto ao trabalho; o trabalhador, neste contexto, dirige-se à sede da empregadora para retomar as suas atividades profissionais, quando é comunicado pelo médico da empresa que, na verdade, ainda encontra-se inapto ao labor.

Com isso, se inicia um martírio na vida daquela pessoa: passa, a partir da decisão exarada pelo INSS, a não receber mais valores a título de benefício previdenciário; ao mesmo tempo, por força da avaliação do médico da empresa, não poderá retomar as suas atividades laborativas, ficando, também, sem receber salários. O resultado é um só: surge para o trabalhador um limbo jurídico, uma vez que lhe é retirada a fonte de renda imprescindível para arcar com o sustento próprio e/ou familiar.

Geralmente, diante desta situação, o trabalhador, com base no laudo emitido pelo médico da empresa, formula pedido administrativo de reconsideração do cancelamento do benefício junto ao INSS. Caso tal requerimento seja negado, passa a bater às portas do Poder Judiciário, ingressando ora com uma demanda perante a Justiça Comum (Federal ou Estadual, a depender da prestação que está recebendo), para postular o restabelecimento da benesse previdenciária, ora na Justiça do Trabalho, para reclamar os salários não pagos e demais parcelas durante todo este período. E, durante o período de tramitação destas demandas, continua o trabalhador sem receber a renda necessária para a sua subsistência.

A situação é contraditória, na mente do trabalhador. Afinal de contas, está ele apto ou inapto para o desempenho de sua atividade laborativa? Esta é a pergunta da qual se aguarda uma resposta do Poder Judiciário. Mas, a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal, em demandas *distintas*, poderão ofertar uma resposta *coerente* à pretensão de direito material vindicada? Não há dúvidas que, em tese, a resposta a esta pergunta será negativa, dada a possibilidade de decisões contraditórias. Expliquemo-nos.

As duas ações tramitam em órgãos distintos do Poder Judiciário (Justiça Comum, Estadual e/ou Federal e Justiça do Trabalho). Em ambos os processos, provavelmente, serão realizadas perícias médicas distintas. Basta, para tanto, que os laudos sejam contraditórios: aquele realizado perante a Justiça Comum, considerando o trabalhador apto ao trabalho, dando razão ao INSS no cancelamento do benefício previdenciário; o apresentado pelo perito nomeado pela Justiça do Trabalho, por sua vez, considera o trabalhador

inapto, dizendo que a postura do empregador está correta.

E, agora? As decisões judiciais, calcadas nos referidos laudos médicos, serão provavelmente contraditórias. O Poder Judiciário, ao invés de pacificar o conflito, agravou a situação do trabalhador! A conclusão, neste caso, é inequívoca: existe algo de *equivocado*, uma vez que, até para o mais leigo ser humano, um trabalhador apenas poderá ser considerado apto ou inapto ao trabalho. Não existe aptidão e inaptidão simultâneas. A dignidade da pessoa humana, sem dúvidas, é desrespeitada, por retirar do trabalhador a condição de adquirir os bens materiais e imateriais necessários para uma vida digna, já que, num simples *passé de mágica*, deixa de receber salários e benefício previdenciário, sem qualquer outra fonte de renda.

Devemos, neste compasso, buscar uma solução mais adequada. Uma resposta que esteja calcada nos primados do valor social do trabalho, no respeito à pessoa humana e na garantia do *mínimo existencial*. Precisamos buscar um *mecanismo* que possa, efetivamente, equilibrar este problema. Esta equação perpassa, obrigatoriamente, pelo pleno acesso à Justiça do Trabalho. A nova ordem constitucional, trazida pela EC 45/04, autoriza a criação de um entendimento que, de uma vez por todas, sane o equívoco ora apontado, criando um caminho processual que, sem dúvidas, trará maior *segurança jurídica* às partes envolvidas, bem como demarcará, de forma definitiva, o importante papel consagrado à Justiça do Trabalho pelo legislador constitucional, na promoção dos direitos sociais fundamentais. É o que passaremos a expor.

2. UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: EM BUSCA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são princípios fundamentais que estão previstos no artigo 1º, incisos III e IV, de nossa Constituição Federal. O preâmbulo da CF, por sua vez, dispõe que o Brasil é considerado um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o efetivo exercício dos direitos sociais, além de promover a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, justa e igualitária. A Constituição Federal, do ponto de vista político-ideológico, representa um projeto liberal de sociedade. E, nas palavras de WILSON STEINMETZ¹:

Trata-se de um liberalismo humanizado, democrático e socialmente orientado: de um liberalismo matizado (“temperado”) pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos e garantias fundamentais, pela democracia e pelas aspirações de igualdade, de bem-estar e de justiça sociais. Ao lado do princípio da livre iniciativa, assegurador

1 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99/100.

justiças sociais. Ao lado do princípio da livre iniciativa, assegurador da economia de mercado (CF, arts. 1o, IV, e 170, caput) e do princípio geral de liberdade (CF, art. 5o, caput) estão o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1o, III) os direitos e as garantias fundamentais (CF, Título II), o princípio democrático (CF, art. 1o, parágrafo único), o princípio da igualdade (CF, art. 5o, caput, e art. 3o, III e IV) e o princípio objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária (CF, art. 3o, I).

Estes são os pilares que devem nortear o intérprete e o aplicador do direito, na solução dos casos concretos. Discorrendo sobre a interpretação das normas constitucionais, ensina LUIS ROBERTO BARROSO² que:

As especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

(...)

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável aos problemas a ser resolvido, revelando a solução nele contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimentos, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim:

2 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo* in LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 488/489.

(i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre encontra relato abstrato no texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Pois bem. Com o advento da EC 45/04, foi rompido o antigo paradigma de que a Justiça do Trabalho possuía competência restrita, diretamente relacionada aos sujeitos da relação processual: empregado *versus* empregador. A partir de então, a competência desta Especializada deixou de se guiar pelo aspecto subjetivo, para adotar um critério puramente objetivo. Assim, todas as matérias que sejam oriundas da relação de trabalho passam a ser processadas e julgadas por este órgão especializado do Poder Judiciário (artigo 114, inciso I, da CF), situação que abrange, inclusive, a administração pública direta e indireta (destaque-se, para este estudo, a autarquia previdenciária).

Esta mudança constitucional, atrelada à consagração do princípio fundamental da duração razoável do processo, tendo como escopo a ser perseguido a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser levada em consideração para a análise dos demais preceitos constitucionais que regulamentam as competências atribuídas aos diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Ganha especial destaque e relevo a previsão contida no artigo 109, parágrafo 3º da CF, *in verbis*:

Artigo 109: Aos juízes federais compete processar e julgar:

Inciso I: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de acidente do trabalho, e as sujeitas à Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho.

Parágrafo 3º: Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro de domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, poderá a lei permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

A disposição constitucional acima transcrita parece revelar que a competência dos juízes federais ou estaduais, em relação aos benefícios

previdenciários, é plena. Porém, a interpretação literal da norma constitucional, sem atentar-se para as demais disposições, também de caráter constitucional e, principalmente, para o princípio da dignidade da pessoa humana não se amolda ao contexto apresentado por BARROSO. E, como adverte o autor italiano EMILIO BETTI³,

As normas, uma vez postas, tendem a se enrijecer na sua objetividade: eis a razão para o perigo de que elas se tornem, distanciando-se da atualidade, estranhas às exigências da vida. Percebe-se, assim, a necessidade de reagir a um enrijecimento estático, oferecendo instrumentos que assegurem a elasticidade e a capacidade dinâmica da ordem jurídica, mantendo-a em perene eficácia perante as exigências emergentes da vida social.

A evolução da sociedade e a complexidade de situações atualmente vivenciadas exigem do aplicador do Direito a busca de novas soluções jurídicas. Impõe-se ao intérprete a tarefa de superar o duradouro comportamento intelectualista, que tende a reduzir o objeto da interpretação à mera literalidade da lei, cujo ofício seria uma simples operação lógica-formal, tornando-a, muitas vezes, opaca, ou seja, não permeável às necessidades de uma apreciação adversa à dinâmica do direito⁴. Neste contexto, são mais uma vez precisas as lições de BARROSO⁵ que, em estudo específico sobre a interpretação de novas normas constitucionais em relação àquelas que anteriormente vigiam, fruto da tarefa desempenhada constituinte originário ou reformador, no sentido de que “*deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove em nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo*”. Ainda sobre a interpretação retrospectiva, assinala JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁶,

Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação... em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.

Com efeito, é inquestionável a competência da Justiça do Trabalho para apreciar algumas matérias de natureza eminentemente previdenciária. A

3 BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 198.

4 BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 198.

5 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7a Ed. 2010, p. 75.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 304:151, 1988, p. 152.

execução das contribuições sociais, o reconhecimento incidental de acidente do trabalho para concessão da estabilidade prevista no artigo 118 da Lei 8.213/91 ou, até mesmo, para a condenação em pedidos de indenização por danos morais e materiais, são matérias corriqueiras no âmbito desta Justiça Especializada.

E, para solucionarmos o problema apresentado, precisamos adotar uma postura que analise a situação concreta vivenciada pelas partes envolvidas, buscando soluções que visem resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, além da duração razoável do processo, à luz do novo regramento constitucional trazido pela EC 45/04, notadamente no que diz respeito à norma contida no artigo 114, inciso I da Magna Carta. A Constituição, atualmente, precisa ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, cujo papel central é estabelecido pelos ideais de justiça e da realização dos direitos fundamentais. Tal sistema deve ser compreendido, adotando-se as palavras de JUAREZ DE FREITAS⁷, como sendo uma

rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas escritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Como expõe BARROSO⁸, *é preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.* A interpretação das normas constitucionais deve se abalizar na busca constante de sua máxima efetividade, com a eliminação de eventuais lacunas existentes, procurando, sempre, a solução de questões jurídicas para que a pacificação social seja alcançada. Precisamos adotar o espaço emancipador de interpretação das normas constitucionais, notadamente aquelas de ordem processual, para buscar uma solução que não seja considerada *suicida* para o trabalhador. Torna-se necessário, ainda, concretizar, promover e efetivar os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Nas palavras de DANIEL SARMENTO⁹, devemos ter em mente que:

A dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-se na pessoa humana, que passa a ser concebida como 'valor-fonte

7 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 54.

8 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 384.

9 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 86.

fundamental de Direito'. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de 'direito justo'.

Nesta esteira de raciocínio, convém ressaltar que num contrato de emprego, ao trabalhador são garantidos, entre vários outros, dois direitos sociais que, para nós, possuem especial importância para o desenvolvimento deste trabalho: o direito à percepção de salário, observando os patamares mínimos fixados pela CF; e, na hipótese de, por algum motivo, ficar impossibilitado de laborar, por exemplo, pela aquisição de uma doença (profissional ou não) e, desde que preenchidos os chamados períodos de carência (quando existentes), o direito ao recebimento de uma prestação social, de natureza previdenciária. Como afirma GREGORIO ROBLES¹⁰,

A remuneração adequada para uma vida digna, a moradia, a formação escolar, a saúde, constituem bens de cuja qualidade ninguém pode duvidar. (...) Os direitos econômicos e sociais se referem, sobretudo, às condições necessárias para uma existência digna. Atendem, essencialmente, à cobertura das necessidades básicas, requisito prévio de qualquer diferenciação social.

No contexto do direito previdenciário, existem várias formas de se atrelar à Previdência Social (convencionalmente denominados de segurados *facultativos* e/ou *obrigatórios*). Porém, a maneira mais comum de um trabalhador encontrar a proteção previdenciária decorre, sem dúvidas, da relação jurídica havida com o seu empregador. A simples formalização de um vínculo de natureza empregatícia automaticamente gera a inscrição daquele empregado em nosso sistema previdenciário. A relação previdenciária, portanto, possui a sua origem na relação empregatícia. Torna-se plenamente possível, neste compasso, entender que a responsabilidade do INSS (autarquia federal responsável pela concessão dos benefícios previdenciários) e do empregador são, em um paralelismo, os *dois lados da mesma moeda*. Assim, quando o empregado encontra-se perfeitamente apto ao desenvolvimento de suas atividades laborativas, receberá do empregador a devida contraprestação; porém, se no curso deste contrato de emprego, vier a ser constatada eventual incapacidade, passará aquele mesmo trabalhador a perceber o benefício previdenciário tipificado em lei.

Agora, indaga-se: porque obrigar o trabalhador a ajuizar uma ação (contra o INSS) perante um ramo do Poder Judiciário e outra demanda (contra o empregador) em outro órgão do mesmo Poder, dentro da problemática apresentada, quando tal conflito envolve os *dois lados da mesma moeda*? Ora: se o trabalhador está inserido num contrato de emprego, a responsabilidade pela garantia de pagamento dos valores mínimos necessários para se viver com

10 ROBLES, Gregorio. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*. Barueri: Manole, 2005, p. 99.

dignidade, quando apto ao labor é, sem dúvidas, do empregador; e, quando inapto, a responsabilidade é simplesmente *transferida* para o INSS, por força do mesmo vínculo jurídico base. E, isto ocorre, porque, como ensina Milton Vasques Thibau¹¹

No sistema da Previdência Social as prestações consistem, precipuamente, em benefícios, que são rendas mensais cuja natureza jurídica é de “substitutivo de salário”, ou seja, toda vez que o trabalhador se afasta do trabalho por fatores alheios à sua vontade, por ter sido acometido por infortúnio, é privado da renda que lhe garante a subsistência, razão pela qual os benefícios previdenciários substituem essa renda da qual o segurado foi privado.

A resposta que encontramos para o problema apresentado é simples: em vez de serem propostas ações distintas, deverá ser concedida ao trabalhador a *faculdade* de ajuizar demanda única, contra o empregador e o INSS, cujo feito, por força da EC 45/04, será processado e julgado pela Justiça do Trabalho, já que, no caso específico, a relação previdenciária é *oriunda* do contrato de emprego havido.

Convém ressaltar uma limitação objetiva em nosso pensamento: não se pretende, neste trabalho, dizer que a Justiça Especializada possui competência ampla e irrestrita para apreciar todas e quaisquer questões referentes ao ramo previdenciário. As matérias relacionadas à revisão de benefícios, períodos de carência, concessão de prestações quando o contrato de trabalho não está mais em vigor ou, ainda, quaisquer outras demandas ajuizadas, apenas, contra o INSS, permanecem na órbita da competência da Justiça Comum, Estadual ou Federal.

O que se pretende defender é, somente, a criação de um caminho *alternativo* ao trabalhador que consideramos mais rápido, célere e eficaz, em atenção à duração razoável do processo e que respeite, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. A competência da Justiça do Trabalho, assim, estaria *restrita* à discussão envolvendo a eventual (in)capacidade laborativa do autor, em um contrato de trabalho vigente ou que foi rescindindo de maneira indevida (quando se postula, então, a declaração de nulidade da dispensa, por força da suspensão do contrato, com efeitos *ex tunc*), já que decorrentes da mera relação empregatícia e que, por força destes fatos jurídicos, envolvem obrigações devidas pelo empregador ou pelo INSS.

Tudo isso decorre do já conhecido o princípio da unidade de convicção. Assim, quando um mesmo fato tiver de ser analisado mais de uma vez, deve sê-lo pelo mesmo juízo. Em outras palavras: incumbe atribuir ao *mesmo* órgão do Poder Judiciário os fatos decorrentes da *mesma* relação jurídica base, neste

11 ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Fundamentos Constitucionais da Previdência Social**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 102.

caso, a eventual (in)capacidade laborativa do trabalhador, *por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre inteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a justiça*¹². Este princípio, que é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, parte do pressuposto de que a cisão de competência não favorece a aplicação da *justiça*, além do fato de que a possibilidade de divergência de decisões para ações decorrentes da mesma relação jurídica base, por força de solução adotada por órgãos jurisdicionais distintos, causa impacto perverso para o jurisdicionado e para a credibilidade do Poder Judiciário.

Na situação apresentada neste trabalho, o trabalhador, por ter sido considerado apto ao trabalho pelo INSS e inapto pelo empregador, fica sem receber salários e benefício previdenciário, restando privado de seu único meio de subsistência. A cisão de competência para a análise deste problema jurídico pode apresentar soluções divergentes. Basta, para tanto, que a Justiça Comum reconheça que o autor está apto para o trabalho (cuja perícia, geralmente, é realizada sob o prisma da aptidão ou inaptidão para o labor *em geral*), ao passo que, numa demanda de natureza trabalhista, a Justiça do Trabalho venha a declarar que, na verdade, aquela pessoa encontra-se incapacitada para retomar as funções para as quais foi efetivamente contratado (capacidade para a profissão ou ofício à qual se habilitou, na esteira do prevê o artigo 950 do CC).

Esta possibilidade de entendimentos divergentes ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em razão da denegação de solução efetiva para o caso concreto por parte do Judiciário, o trabalhador se vê tolhido do *mínimo existencial* para sua sobrevivência.

Por isso, nestas situações, o trabalhador poderá ajuizar demanda única, que será processada e julgada pela Justiça do Trabalho, colocando no polo passivo, não só o empregador, mas também a autarquia federal (INSS). A causa de pedir é a mesma: a existência, ou não, de incapacidade laborativa num contrato de emprego. O que existe são meros *desdobramentos* relacionados ao pedido: se o autor estiver apto para o trabalho, possui o direito incontestado de voltar a desempenhar as suas atividades laborativas, sendo a empregadora, neste contexto, responsável pelo pagamento dos salários, desde a alta médica até o efetivo retorno. Porém, se estiver inapto, a responsabilidade recai, agora, sobre o INSS, que deverá restabelecer o benefício previdenciário, com o pagamento integral dos valores indevidamente suprimidos.

São esclarecedoras, neste contexto, as palavras de JOSÉ EDUARDO RESENDE CHAVES JÚNIOR¹³, para quem:

12 Trecho extraído do voto de lavra do Ministro Cezar Peluso, no julgamento do CC 7204. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 03.09.2012.

13 CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende. *A Justiça do Trabalho enquanto vis attractiva protectionis: o trabalho 'biopolítico' na perspectiva de uma especialização democrática dos ramos judiciais* in *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción*

Parece interessante resgatar a conceituação de competência perpetrada por CELSO NEVES, que abandona a tradicional 'medida da jurisdição', concebendo-a como a relação de adequação legitimamente o processo e o órgão judiciário, ou seja, uma noção concreta, pragmática, porém, racional de competência⁴. A ideia do processualista paulista é superar as conceituações quantitativas da competência – competência enquanto medida - para caminhar em direção a uma conceituação qualitativa. A conceituação qualitativa, segundo CELSO NEVES, tem um aspecto subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a competência é definida como atributo para o exercício da jurisdição, decorrente da investidura legítima. Do ponto de vista objetivo, que aqui nos interessa mais especificamente, como a relação necessária, de adequação legítima, entre o processo e o órgão jurisdicional.

Para isso, é necessário que a ampliação de competência, que deflui da locução relação de trabalho, não se limite à definição do número de categorias do labor humano subsumidas na respectiva locução conceitual, mas proceda, também, a uma intensificação qualitativa na tutela do trabalho humano. Em outras palavras, ampliar a competência da Justiça do Trabalho tem de significar também ampliar o grau de intensidade de proteção ao trabalho humano, mormente aquele prestado sob alheação.

Uma solução simples para uma problemática tão complexa, calcada, apenas, na reinterpretação das normas constitucionais. Afinal de contas, se o direito é indivisível, em si, também indivisível deve ser a sua tutela, notadamente quando *una* é a jurisdição. A *vis attractiva protectionis* da Justiça do Trabalho autoriza, sobremaneira, o entendimento ora proposto. Parte-se da situação concretamente vivenciada pelos trabalhadores, frontalmente contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana, para a busca, na interpretação sistemática das normas constitucionais, sem qualquer proposta de alteração legislativa, a solução para o caso. Como afirma LUIZ GUSTAVO BÓIAM PANCOTTI¹⁴, *o hermeneuta deverá dar à norma constitucional a interpretação adequada com a realidade social no momento histórico em que se encontra, de forma que promova uma constante atualização da regra com os anseios sociais, sem alterar o seu texto*. Na esteira dos ensinamentos de BARROSO, o *papel do juiz* (na qualidade de intérprete e aplicador do Direito) não se restringirá a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete efetivamente atua na qualidade de coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, fazendo as valorações necessárias, escolhendo uma solução possível e, principalmente, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

social. Madrid: Foro de Estudios Europeos de Múrcia. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2007, p. 931/944.

14 PANCOTTI, Luiz Gustavo Bóiam. *Conflitos de Princípios Constitucionais na tutela de benefícios previdenciários*. São Paulo, LTR, 2009, p. 47.

Por fim, visando a demonstrar os efeitos práticos desta linha de pensamento, passaremos, agora, a discorrer sobre algumas *vantagens* para o trabalhador, empregador e INSS ao se adotar tal posicionamento. Afinal de contas, como adverte Ricardo Luis Lorenzetti¹⁵, na análise de casos considerados difíceis, torna-se necessário conhecer os benefícios e prejuízos que sofre a sociedade, numa perspectiva sistemática. Assim, estaremos num campo sólido, concreto, seguro, para tentar convencer os nossos leitores a adotarem o caminho aqui proposto.

3. AS VANTAGENS PARA O TRABALHADOR

Não há dúvidas que o manejo de uma única demanda traz inúmeras vantagens para o trabalhador. Em primeiro lugar, devemos frisar que a Justiça do Trabalho é a mais célere do País, possuindo totais condições de analisar esse tipo de demanda. O princípio da duração razoável do processo, trazido pela EC 45/04, sem dúvidas, será respeitado. Além disso, o acesso do trabalhador à Justiça Especializada é muito mais simples, seja pelos princípios norteadores do sistema processual trabalhista, que visam a rápida satisfação de direitos estritamente alimentares, seja pelo regramento específico que facilita o ajuizamento de demandas, como, por exemplo, o pagamento de custas processuais, apenas, ao final, e a concessão de benefícios da justiça gratuita por simples declaração, além do sempre criticado *jus postulandi*.

A possibilidade de ajuizamento de única ação impede, sem sombra de dúvidas, a possibilidade de prolação de decisões contraditórias. Afinal de contas, ou se reconhece que o trabalhador estará apto ao trabalho, fazendo jus aos salários, ou se declara a sua inaptidão, passando a ter o direito de receber o benefício previdenciário correspondente. O trabalhador poderá, assim, em curto espaço de tempo, recuperar a sua dignidade, seja voltando ao labor, seja recebendo o benefício previdenciário correspondente, não precisando recorrer aos caminhos da informalidade. Além disso, por força da sua vinculação à previdência social, poderá o trabalhador, muito bem, no curso do processo, ser agraciado com a concessão da benesse previdenciária. O Juiz do Trabalho, de posse do laudo exarado pelo médico da empresa, poderá antecipar os efeitos da tutela, determinando o restabelecimento do benefício suprimido.

Mas, indaga-se: e se ao final do processo, for constatado que o autor realmente estava apto ao trabalho, ao contrário do que foi declarado pelo médico da empresa, recebendo, por força da antecipação de tutela concedida, benefício previdenciário de maneira *indevida*? Como ficaria o critério da irreversibilidade do provimento jurisdicional, previsto no artigo 273, parágrafo

15 LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 422.

2o, do CPC? A solução jurídica é simples, senão vejamos: a) prolata-se a decisão de mérito, neste sentido, reconhecendo a aptidão do trabalhador; b) condena-se a empresa, então, a efetuar o pagamento dos salários, desde a alta médica até o efetivo retorno ao trabalho; c) solicita-se que o INSS, na fase de liquidação de sentença, traga aos autos um simples extrato, demonstrando os valores pagos ao trabalhador a título de benefício previdenciário; d) determina-se, então, a dedução dos valores devidos pelo empregador ao trabalhador, com vistas a se evitar enriquecimento indevido; e) com a condenação do empregador, efetua-se a devolução ao INSS dos valores percebidos pelo trabalhador; f) havendo valores remanescentes em favor do autor da demanda, passa-se à fase de execução da empregadora.

O laudo pericial exarado pelo médico do INSS poderá ser objeto, ainda, de questionamento judicial, trazendo para o *contraditório* as partes que serão atingidas pela decisão judicial: o empregador, o trabalhador e o INSS. Pacífica-se, desta forma, de maneira concreta, o conflito existente. Elimina-se o caminho *suicida* que era percorrido pelo trabalhador.

4. A SEGURANÇA JURÍDICA PARA O EMPREGADOR

Todas as vezes que o empregado é considerado, pelo INSS, apto ao trabalho e o médico da empresa apresenta um parecer em sentido diametralmente oposto, surge uma dúvida para o empregador: O que fazer? Qual é a postura a ser adotada? Existem decisões judiciais estabelecendo que, neste caso, deverá o empregador efetuar o pagamento dos salários, já que deverá prevalecer a decisão administrativa exarada pela autarquia federal. Neste sentido, o seguinte aresto:

AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO CONSIDERADO APTO PARA O TRABALHO PELO INSS. INAPTIDÃO CONSTATADA NO EXAME DE SAÚDE OCUPACIONAL. INDEFINIÇÃO QUANTO A SITUAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MEIOS DE SOBREVIVÊNCIA DO TRABALHADOR. CULPA DA EMPRESA. Tem se tornado comum nesta Justiça do Trabalho o caso em que o trabalhador se apresenta para retomar seu posto de trabalho, ao receber alta médica do órgão previdenciário, mas não é aceito pelo empregador, porque o exame médico ocupacional constata a inaptidão para o trabalho. Nessa situação, o contrato de trabalho não pode permanecer no limbo, isto é, não pode o empregado ficar, ao mesmo tempo, sem o benefício previdenciário, que não mais recebe, e sem auferir salários, da empresa que não o aceita de volta. Se o empregador discorda do resultado da decisão do INSS, que de alguma forma lhe impõe aceitar o retorno do empregado ao trabalho, deve recorrer da decisão junto à Previdência Social ou dispensar o trabalhador. (TRT 3ª R

Nona Turma 00570-2009-063-03-00-2 RO Rel.: Desembargador Antônio Fernando Guimarães DEJT 17/03/2010, p. 94).

Mas, como obrigar o empregador a efetuar o pagamento de salários, sem poder utilizar-se da respectiva mão de obra? E se a decisão administrativa, de fato, estiver equivocada? Apontamos, ainda, outro grave entrave: o risco daquele trabalhador que, em tese, está inapto para o desenvolvimento de suas atividades laborativas, venha a sofrer um acidente do trabalho nas dependências da empresa aumenta consideravelmente. Assim, poderá a empregadora ser condenada ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais decorrentes daquele infortúnio laboral, simplesmente pelo fato de ter assumido o risco de colocar, no posto de serviço, uma pessoa que, segundo o médico contratado pela própria ré, estaria incapacitada para o exercício daquela tarefa. O empregador seria considerado negligente.

Como se vê, a contradição entre pareceres médicos poderá prejudicar, sensivelmente, não só a capacidade laborativa do trabalhador, atentando, mais uma vez, contra a sua dignidade, como também trazer sérias responsabilidades e consequências jurídicas à empregadora. Adotar, por exemplo, a última solução apresentada na ementa acima transcrita (qual seja, simplesmente *dispensar o trabalhador*) não resolve, *data venia*, o problema; na realidade, apenas o agrava; a discussão encerra-se, não por força da solução a respeito da (in)capacidade laborativa daquela pessoa, mas pela simples extinção do contrato de emprego. Não me parece que esta solução esteja adequada aos princípios de proteção ao hipossuficiente.

Por isso, entendemos que a empregadora também será beneficiada com a possibilidade por nós apresentada. Haverá *segurança jurídica* a respeito da situação clínica do trabalhador, diante da prolação de uma decisão judicial reconhecendo a capacidade ou incapacidade para o labor. Haverá uma discussão profunda a respeito da saúde do trabalhador, com todos os desdobramentos que surgirem deste fato. Sendo possível, adota-se o caminho da reabilitação profissional. Caso tal conduta não se mostre razoável, por exemplo, pelo *tamanho* da empresa ou pela qualidade do empregador (que, diga-se, poderá até mesmo ser um empregador doméstico), mantem-se a benesse previdenciária, até o restabelecimento completo da capacidade laborativa.

5. OS EFEITOS DA PARTICIPAÇÃO DO INSS

As perícias médicas realizadas pela autarquia passarão a sofrer controle jurisdicional perante o órgão do Poder Judiciário mais *apto* na análise destas questões. Os médicos que prestam serviços para o INSS poderão, ainda, atuar no feito na qualidade de assistentes técnicos, trazendo elementos necessários para o julgamento *justo*.

Além disso, em casos de acidente do trabalho ou doença ocupacional, a empresa poderá ser condenada a arcar com despesas médicas e cirúrgicas, para o restabelecimento completo da saúde do trabalhador, que, assim que alcançada, autorizará o INSS a cancelar o benefício, contribuindo, assim, para se evitar a *indústria* do pagamento indevido de prestações previdenciárias. Soma-se, ainda, o fato de que a empresa poderá, neste último caso, ser condenada a promover a efetiva reabilitação profissional do trabalhador, em atenção ao que prevê o artigo 62 da Lei 8.213/91.

Ademais, em casos típicos de acidente do trabalho, a instrução processual contribuirá para que o INSS, posteriormente, tenha os elementos jurídicos necessários para o ajuizamento da demanda regressiva em face do empregador, postulando o ressarcimento dos valores pagos a título de benefício previdenciário ao erário público, na esteira do que expressamente dispõe o artigo 120 da Lei 8.213/91. E, nesta demanda de caráter regressiva, movida pelo INSS, dificilmente haverá a possibilidade de novos questionamentos sobre os fatos discutidos na ação principal, uma vez que todos os envolvidos (o empregado, a empregador e INSS) produziram as provas que reputarem necessárias para o julgamento da lide movida pelo trabalhador, sempre em atenção aos princípios, também fundamentais, da ampla defesa e do contraditório.

6. O DESAFOGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

O verdadeiro escopo da jurisdição é pacificar um conflito subjetivo de interesses. A prolação de decisões contraditórias, sobre o mesmo *tema-base* (incapacidade laborativa do autor), não existirá, o que apenas contribui para o crédito que a sociedade deve conferir a esta importante tarefa estatal. O processo será resolvido de maneira mais rápida e ágil, já que sabemos o elevado número de ações que tramitam na Justiça Federal, contribuindo para desafogar este órgão. O número de ações, ao final, diminuirá, uma vez que não haverá necessidade de se provocar a jurisdição, em órgãos distintos, sobre o mesmo *pano de fundo* jurídico.

Não há dúvidas que, com a promulgação da EC 45/04, foi reconhecido um importante papel à Justiça do Trabalho, aumentando-se o leque de demandas atribuídas à apreciação por este órgão do Poder Judiciário. A Justiça do Trabalho é, sem dúvidas, aquela que detém as melhores condições para solucionar, de forma definitiva, o conflito estabelecido entre todas as partes envolvidas (empregado, empregador e INSS). A celeridade, marca indelegável da Justiça do Trabalho, apenas contribuirá para a concretização do princípio da duração razoável do processo, à luz do princípio máximo de todo o sistema jurídico constitucional brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana. O papel conferido à Justiça

do Trabalho, pelo legislador constitucional, ampliando o leque de atribuições e responsabilidades será, sem dúvidas, sedimentado, com a solução de um conflito que apenas contribuía para o martírio na vida do trabalhador.

É se entender, portanto, que a solução apresentada neste trabalho apenas beneficiará todas as partes envolvidas na relação (trabalhador, empregador e INSS), bem como a própria sociedade, que terá a certeza de que o Poder Judiciário cumpriu o seu papel de pacificador dos conflitos existentes. Inexistem entraves para este pensamento, salvo a interpretação absolutamente gramatical e literal da regra constante no artigo 109 da CF que, *data vênia*, não se justifica, porque não atende aos postulados da dignidade da pessoa humana, da unidade (inclusive do Poder Judiciário) e da justiça social, dentro da visão pós-positivista do ordenamento jurídico.

A tutela jurisdicional dará efetividade e concretude aos direitos fundamentais do trabalhador, restabelecendo a sua dignidade, com a certeza e garantia de que perceberá os proventos necessários para a aquisição dos bens materiais e imateriais necessários para a subsistência própria e familiar, seja através do pagamento de salários, seja por meio do benefício previdenciário adequado ao caso. E, com a facilidade de se postular o *restabelecimento* de sua dignidade, através do Poder Judiciário que mais se aproxima do cidadão e da promoção dos direitos sociais fundamentais: a Justiça do Trabalho.

É por isso que finalizamos este trabalho dizendo que a reinterpretção das normas constitucionais, dentro da concepção trazida pelo pós-positivismo jurídico, resgatando os ideais de valores, justiça social e dignidade da pessoa humana, concedendo à Justiça do Trabalho a competência para apreciar e julgar, de maneira concreta, o conflito apresentado, sem que haja ofensa à previsão contida no artigo 109, parágrafo 3º da CF é, em nossa visão, a única forma de se garantir a efetividade do direito fundamental ao recebimento de valores necessários para a aquisição dos bens necessários para uma vida digna, garantindo-se, assim, o *mínimo existencial*, dentro da problemática apresentada.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, apresentamos, inicialmente, a situação que tanto aflige a vida de vários trabalhadores. A possibilidade de decisões contraditórias, no caminho normalmente percorrido é latente, o que contribui para o descrédito e a insatisfação geral da sociedade para com o Poder Judiciário Brasileiro.

Este problema deve ser analisado sob outro *viés*. Reconhecer a existência de um caminho *alternativo*, concedendo ao trabalhador a possibilidade de

ajuizamento de única demanda contra o empregador e o INSS perante a Justiça do Trabalho, nestes casos, é, em nossa visão, a maneira mais prática, efetiva e célere de equacionar esta questão.

As vantagens para todos os envolvidos (empregado e empregador, INSS e Judiciário) são várias. Algumas foram apontadas, o que não impede o reconhecimento de outras. A única desvantagem está calcada na interpretação literal da disposição contida no artigo 109 da CF que, como procuramos demonstrar, não deverá mais subsistir.

A Justiça do Trabalho é a mais célere do País. É a única que possui como mandamento constitucional o escopo de trazer a efetiva proteção angariada em lei ao trabalhador. Os Juízes do Trabalho já estão plenamente acostumados e adaptados com a inclusão do INSS no polo passivo das demandas que são processadas por este ramo do Poder Judiciário. Não haverá novidades.

Temos a convicção que o trabalhador e a sociedade serão os grandes beneficiários desta tutela, por força de uma simples reinterpretação das normas constitucionais. Torcemos para que os juristas (juízes, advogados, estudantes e demais operadores) abracem esta causa social, para que os trabalhadores, nos momentos mais críticos de suas vidas, não fiquem à margem da possibilidade de, concretamente, adquirirem os meios necessários para viverem com dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Davi José Nardy. *Gasto social e Desigualdade social* in FAGNANI, Eduardo e POCHMANN, Márcio (org.) *Mercado de Trabalho, Relações Sindicais, Pobreza e Ajuste Fiscal*. São Paulo: LTR, 2007.

ANTUNES, Ricardo. *O neoliberalismo e a precarização estrutural do trabalho na fase da mundialização do capital* in DA SILVA, Alessandro, MAIOR, Jorge Luiz Souto, FELIPPE, Kenarik Boujikian, SEMMER, Marcelo. *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7a Ed., 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo* in LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- CAMPOS, Cristiane Soares; DUTRA, Flávia Cristina Rossi. *Globalização e dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, volume 73, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª Ed., 2008.
- CAPLAN, Luciana. *O Direito do Trabalho e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos* in DA SILVA, Alessandro, MAIOR, Jorge Luiz Souto, FELIPPE, Kenarik Boujikian, SEMMER, Marcelo. *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2007.
- CAPLAN, Luciana. *Direitos Sociais da Constituição Cidadã e as Armadilhas Ideológicas que levam à sua Inefetividade: uma leitura a partir da Teoria Crítica* in *Direitos Sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTR, 2008.
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende. *A Justiça do Trabalho enquanto vis attractiva protectionis: o trabalho 'biopolítico' na perspectiva de uma especialização democrática dos ramos judiciários* in *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social*. Madri: Foro de Estudios Europeos de Múrcia. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2007.
- COLUSSI, Luiz Antonio. *Direito, Estado e Regulação Social: o papel do contrato de trabalho na sociedade em transformação*. São Paulo: LTR, 2009.
- COSTA, Flávio Divino de Castro e. *A Função realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas do Brasil* in *Direitos Sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTR, 2008.
- DELGADO. Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTR, 2006.
- FLORES. Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTR, 2008.
- HINKELAMMERT, Franz J. *La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke* in HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000.
- MAIOR, Jorge Luis Souto. *Direito Social, Direito do Trabalho e Direitos Humanos* in DA SILVA, Alessandro, MAIOR, Jorge Luiz Souto, FELIPPE, Kenarik Boujikian, SEMMER, Marcelo. *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo:

LTR, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 15ª Edição, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 304:151, 1988.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Bóiam. *Conflitos de Princípios Constitucionais na tutela de benefícios previdenciários*. São Paulo: LTR, 2009.

ROBLES, Gregorio. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*. Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Revista Diálogo Jurídico, ano I, Vol. 1, 2001, p. 10.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um Direito Humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTR, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

<www.stf.jus.br>

<www.trt3.jus.br>

GREVES DE TRABALHADORES REPRESENTADAS NA FICÇÃO CIENTÍFICA

*José Carlos de Carvalho Baboin**

Resumo:

A greve é um movimento de trabalhadores que, embora individualmente afetados por uma situação adversa, compartilham em sua concretude das mesmas causas e consequências. Dessa maneira, a greve não é um simples exercício de vontade para resolução de um problema individual no seio de uma coletividade. A greve é também o exercício da solidariedade, através de uma atuação de alteridade para com os demais trabalhadores, não só de sua categoria ou local de trabalho, mas de toda a sociedade. Muitas greves só logram sucesso quando entes externos ao próprio movimento grevista se põem em seu favor. A alteridade é central, embora não essencial, para o exercício eficaz da greve. A ficção científica, por sua vez, se apresenta como um excelente instrumento de crítica das atuações sociais, uma forma de se distanciar dos preconceitos do presente e testar possibilidades em um campo teórico. Duas obras serão utilizadas para a análise central: o episódio “Bar Association”, da série Star Trek: Deep Space 9, e o episódio “Dirty Hands”, da série Battlestar Galactica. Ao apresentar a situação no futuro, o gênero traz à reflexão a própria situação do presente.

Palavras-chave: Greve. Direito coletivo do trabalho. Ficção científica.

Sumário: 1. Introdução 2. A greve e a ficção científica 3. A greve de operários em Battlestar Galactica 4. A greve dos funcionários do bar em Star Trek: Deep Space 9. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

* Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (2008), mestre em Direito Social pela Universidade Paris I - Panthéon-Sorbonne (2011, reconhecido pela UFPR em 2014) e mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (2013). Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A greve é um movimento de trabalhadores que, embora individualmente afetados por uma situação adversa, compartilham em sua concretude das mesmas causas e consequências. Dessa maneira, a greve não é um simples exercício de vontade para resolução de um problema individual no seio de uma coletividade. A greve é também o exercício da solidariedade, através de uma atuação de alteridade para com os demais trabalhadores, não só de sua categoria ou local de trabalho, mas de toda a sociedade. Muitas greves só logram sucesso quando entes externos ao próprio movimento grevista se põem em seu favor. Estes entes podem ser consumidores, fornecedores, trabalhadores de outras áreas ou empresas, governantes ou mesmo o próprio empregador. A alteridade, portanto, é central, embora não essencial, para o exercício eficaz da greve.

A ficção científica, por sua vez, se apresenta como um excelente instrumento de crítica das atuações sociais, uma forma de se distanciar dos preconceitos do presente e testar possibilidades em um campo teórico.

Para esta análise, utilizarei como suporte teórico a teoria crítica. Isso impõe reconhecer que através dela pode-se apreender nada menos que a totalidade do mundo humano ou do campo social como objeto. Conforme sustenta Carl Freedman:

“De todos os gêneros, a Ficção Científica é ainda o mais devotado à concretude histórica e à rigorosa auto-reflexão da Teoria Crítica. Seu mundo não é simplesmente um lugar no tempo e no espaço diferente do nosso, mas que quer evidenciar justamente a diferença, que se realiza como continuum do atual”¹.

Ao apresentar a situação no futuro, o gênero traz à reflexão a própria situação do presente. Como afirma Freedman, o futuro apresentado pela ficção científica existe sobretudo em decorrência do momento presente².

2. A GREVE E A FICÇÃO CIENTÍFICA

A paralisação de trabalhadores como forma de pressão para a concretização de suas demandas é uma estratégia muito utilizada ao longo da história. Entretanto, o conceito de greve como conhecemos hoje só surgiu

1 FREEDMAN, Carl. *Critical Theory and Science Fiction*. Middletown: Wesleyan University Press, 2000, p. XIX

2 FREEDMAN, CarlOp. Cit. p.55.

após a revolução industrial, com o aperfeiçoamento do capitalismo e criação de uma massa urbana de trabalhadores assalariados.

O capitalismo industrial do século 19, com confinamento desta massa de pessoas por longos períodos em um espaço geográfico limitado, aliado com péssimas condições de vida e de trabalho, criou o germe de sua própria contestação. O termo “greve” tem sua origem na “Place de Greve”, em Paris, um local à margem do rio Sena onde os trabalhadores se reuniam para debater as penosas condições de trabalho.

Apesar do uso da greve não ser o mesmo desde o seu início, assim como seus objetivos e tratamentos, historicamente, o uso da palavra greve “acabou por exprimir as formas de descontentamento e de protesto dos trabalhadores, as suas práticas de luta. O conceito foi sendo modelado por essas formas e por essas práticas, embora para tal modelação tivessem contribuído também a repressão policial e judiciária”³.

Apesar de hodiernamente ser comum a visão da greve como um direito dos trabalhadores, com um processo relegado à esfera jurídica, a greve é, antes de tudo, um fato social. Não apenas isso, mas também um fato social desvinculado da regulamentação jurídica, uma vez que existe e atua independentemente da sua prescrição normativa. O advento da positivação da greve por um ordenamento jurídico estatal é posterior à greve como fato social.

Esta questão leva alguns estudiosos a defender que a greve sequer pode ser objeto de Direito, eis que se trata de uma negação da própria ordem jurídica consubstanciada no contrato de trabalho firmado pelo trabalhador com a empresa, que delimita, segundo a lógica da livre disposição de vontade das partes, os modos de prestação laboral e contraprestação pecuniária. Esta linha de pensamento conclui que a efetividade das greves ocorre somente nas esferas históricas e culturais, não podendo se enquadrar no direito por ser algo cuja realidade é anterior ou exterior ao direito⁴.

Ao mesmo tempo que a greve foi sendo modelada pelo sistema capitalista, o sistema capitalista também foi sendo modelado pela greve. Conquistas como direitos trabalhistas, seguridade social e benefícios do Estado de bem-estar social podem ser atribuídos a essas lutas dos trabalhadores. Esta análise histórico-dialética da greve é essencial para sua apreensão, tanto em seu exercício concreto no presente quanto na sua projeção em obras artísticas.

3 LEAL, Antonio da Silva. O conceito de greve e o problema das fontes terminológicas e conceituais do Direito do Trabalho, in *Temas de Direito do Trabalho – Direito do Trabalho na Crise. Poder empresarial. Greves Atípicas, IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra, 1990. Pag.565

4 GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 12ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P.626

O gênero de ficção científica apresenta questionamentos sobre o funcionamento social da humanidade, e este questionamento inclui, por vezes, as relações laborais e o confronto entre trabalhadores e empregadores.

Ressalte-se que não temos aqui a pretensão de discutir o conceito de ficção científica. Como aponta Carl Freedman, “é sintomático da complexidade da ficção científica como gênero que as discussões críticas sobre ela tendam a dedicar considerável atenção para o problema de definição”, ressaltando que “não existe consenso nesta definição”⁵.

Duas obras serão utilizadas para a análise central: o episódio “Bar Association”, da série Star Trek: Deep Space 9, e o episódio “Dirty Hands”, da série Battlestar Galactica.

Em comum, ambas as séries possuem o mote da exploração espacial, embora com motivações distintas. Como distinção, enquanto no universo de Star Trek a humanidade atingiu um elevado grau de desenvolvimento social em conjunto com o desenvolvimento tecnológico, possibilitando a criação de um sistema federativo entre diversos planetas e raças com vistas à promoção da paz universal, na série Battlestar Galactica temos uma sociedade decadente, que sofre um gigantesco ataque de máquinas que se rebelaram contra seus criadores. Nesta série, a humanidade busca um local novo e seguro para garantir sua sobrevivência.

3. A GREVE DE OPERÁRIOS EM BATTLESTAR GALACTICA

Em “Dirty Hands”, 16º episódio da 3ª temporada da série Battlestar Galactica, transmitido em 2007, um grande descontentamento surge na nave Hitei Kan, que seve como refinaria para processamento de combustível para todas as naves da frota.

Diante das péssimas condições de trabalho, como o ambiente totalmente insalubre e as longas jornadas ininterruptas, bem como uso de trabalho infantil, os representantes da nave tentaram reuniões com a presidente da frota, Laura Roslin, nunca sendo sequer ouvidos em suas demandas. Como medida desesperada, os trabalhadores sabotam o combustível e escondem peças que impedem o funcionamento da linha de produção, atitude que leva à prisão do diretor da refinaria, Zeno Fenner.

Mara solucionar o problema, a presidente Roslin designa o engenheiro chefe Galen Tyrol para ir até a refinaria e coloca-la para funcionar novamente. Diante da negativa dos trabalhadores em retomarem a produção de combustível, a

5 FREEDMAN, Carl. Op. Cit, p.13

presidente ordena a prisão de outro líder, Cavett. Diante da prisão dos dois líderes, Tyrol consegue descobrir onde estão as peças necessárias para retomar o funcionamento da refinaria.

Entretanto, com pouco tempo de funcionamento, a linha de produção apresenta uma pane, e na tentativa de ajuste um jovem machuca gravemente o braço. Esta cena marca profundamente Tyrol, que se desloca até os controles de máquinas e desliga toda a produção da refinaria, declarando que a partir daquele momento eles estavam de greve, atitude que foi amplamente comemorada pelos trabalhadores.

A deflagração de greve leva à prisão de Tyrol, e o general Adama ameaça executar a esposa do grevista em decorrência de motim. A grave ameaça faz com que Tyrol suspenda a greve. Logo após esse episódio, a presidente Roslin chama Tyrol para uma reunião, e o reconhece como representante de todos os trabalhadores da frota, dando a entender que o diálogo estava aberto e que todas as demandas seriam averiguadas.

Inicialmente, deve-se ressaltar que o local de trabalho apresentado na refinaria se assemelha com imagens tradicionais de fábricas do século XIX (apesar da existência de uma linha de montagem típica do sistema fordista). Visualmente, lembra em muitos aspectos o trabalho em minas de carvão, inclusive no ambiente claustrofóbico, sujo e pouco iluminado. Esta distinção, apesar de facilitar à audiência a compreensão da precariedade das condições dos trabalhadores, também traz como consequência negativa a relativização das condições do presente, impondo no imaginário coletivo que a greve só teria legitimidade em tais condições extremas.

Embora algumas simplificações sejam inevitáveis para fazer a trama se adequar aos 45 minutos do episódio, ainda assim a série apresenta uma visão muito limitada de um movimento grevista.

Neste episódio, os trabalhadores são apresentados apenas como uma massa passiva, sem atuação concreta na greve senão no ato de acatar as ordens das lideranças.

Apesar de ficar evidente que os trabalhadores estão insatisfeitos com as condições de trabalho e serem favoráveis à paralização da produção como forma de pressão, assim que Tyrol retorna à refinaria com as peças necessárias para retomar o funcionamento da linha de produção, os trabalhadores retornam passivamente ao labor. Ressalte-se que até este momento sequer havia sido mencionada a palavra “greve”.

Entretanto, após presenciar um acidente a refinaria, Tyrol tem um epifania, que o leva a desligar as máquinas e, sem qualquer tipo de consulta,

afirmar a todos que eles estão em greve. Nesse momento, a série personifica em um único personagem toda a classe trabalhadora. Esse ponto é reiterado na cena de sua prisão, quando, após grave ameaça do almirante Adama, Tyrol fala com sua esposa e afirma que a greve acabou.

Como movimento coletivo que a greve é, o máximo que Tyrol poderia fazer era manifestar seu repúdio pela paralisação e tentar convencer os trabalhadores a voltarem ao trabalho. No caso do episódio, a centralização das decisões em um único personagem faz transparecer uma visão de que a greve não é algo conscientemente exercido pela coletividade dos trabalhadores, mas sim resultado da atuação de uma burocracia que age em nome próprio, mas em suposto benefício dos trabalhadores.

Entretanto, essa visão também pode gerar atuações distorcidas da função de uma organização de trabalhadores, sobretudo no tocante à atuação de um sindicato. Apesar disso, no presente caso o sindicato é apresentado como algo benéfico, tanto aos trabalhadores quanto à coletividade, em contraste com o paradigma de Hollywood, que possui inúmeras referências ao sindicato como organização que tende à criminalidade.

Esta visão benéfica do sindicato é constatada na reunião de Tyrol com a presidente Roslin logo após o fim da greve. A presidente constata que o representante dos trabalhadores é um canal direto entre as esferas de poder e aqueles que produzem os bens necessários para sobrevivência da frota. Um problema que podemos constatar neste desfecho é que a greve não foi resolvida em decorrência da pressão dos trabalhadores, mas sim diante de uma suposta benevolência da cúpula do poder. A greve já havia cessado e não havia mais necessidade de ceder; mesmo assim, as demandas dos trabalhadores foram ouvidas e planos foram traçados. A figura do empregador benevolente é, então, apresentada como solução para a solução de conflitos, retirando dos trabalhadores a força para extrair suas reivindicações.

Outro ponto a ser explorado é a sabotagem do combustível, primeira atitude dos trabalhadores em busca de voz para suas demandas. A sabotagem foi um meio muito empregado ao longo da história das lutas laborais, atingindo grande repercussão durante o ludismo. Conforme aponta Hobsbawn:

“Este tipo de destruição era uma parte tradicional e estabelecida do conflito industrial no período do sistema doméstico de fabricação, e nas primeiras fases das fábricas e minas. Ele não era dirigido apenas contra as máquinas, mas também contra as matérias-primas, produtos acabados, ou

mesmo a propriedade privada dos empregados, dependendo do tipo de danos a que estes eram mais sensíveis”⁶

Hobsbawn esclarece ainda que isso “não implica nenhuma hostilidade especial contra as máquinas como tal, mas é, sob certas condições, um meio normal de fazer pressão contra os empregadores ou os trabalhadores extras”. O autor ressalta ainda outra vantagem dessa técnica de destruição: o incremento da solidariedade de classe, eis que “o hábito da solidariedade, que é o fundamento do sindicalismo eficaz, leva tempo para aprender(...). Leva mais tempo ainda para integrar o código de ética incontestado da classe trabalhadora”. Dessa maneira, expõe que “entre homens e mulheres mal pagos, sem fundos de greve, o perigo de furadores de greves é sempre agudo. A quebra de máquinas foi um dos métodos de contra-atacar essas fraquezas”⁷.

Ressalte-se, por fim, que este não é o primeiro episódio de *Battlestar Galactica* que Tyrol aparece como representante dos trabalhadores. No último episódio da 2ª temporada, quando todos os tripulantes estavam desembarcados tentando colonizar um planeta, Tyrol exerceu o cargo de presidente do sindicato e fez um discurso durante uma assembleia de trabalhadores, apontando as dificuldades em relação à manutenção dos postos de trabalho e benefícios aos trabalhadores.

Conclui seu discurso da seguinte maneira:

“Mas chega uma hora em que você se dá conta de que o motor que você construiu com seu sangue, com seu suor e com suas lágrimas está sendo usado para algo tão vil, tão pervertido que te deixa doente no coração. E é nessa hora que você deve atirar seu corpo nas engrenagens, nas alavancas e na própria máquina para fazê-la parar. E mostrar para as pessoas que a governam, para as pessoas que a controlam, que, a menos que sejamos livres, a máquina irá parar de funcionar completamente.”

Após seu discurso, os membros da assembleia gritam em coro pela deflagração de uma greve.

O discurso apresentado na série *Battlestar Galactica* é quase idêntico a

6 HOBBSAWN, Eric J. *Os Trabalhadores – Estudos Sobre a História do Operariado*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Pp.19/20.

7 Idem, p.22

um trecho de um famoso discurso de Mario Savio, apresentado em um discurso em Berkley, na Universidade da Califórnia em 2 de dezembro de 1964:

“Chega um tempo, que a operação de uma máquina se torna tão odiosa — faz tão mal ao coração — que você não pode fazer parte. Você não pode nem passivelmente fazer parte! Então é preciso jogar seus corpos contra as engrenagens, contra os mecanismos, contra as manivelas, contra todo o aparato! E você tem que fazê-lo parar! E você tem que chamar a atenção das pessoas que comandam isso, para as pessoas que mandam nisso, que se você não for livre, a máquina vai ser impedida de trabalhar de vez”.

O discurso de Savio foi a resposta do movimento estudantil à proibição recém efetuada pela universidade, que vedava qualquer manifestação política nas suas dependências. Não se tratava, portanto, de uma manifestação de trabalhadores ou em decorrência do trabalho. O discurso era um chamado à mobilização dos estudantes por todos os meios possíveis. Trata-se de um discurso utilizado na luta pela ampla liberdade de expressão.

Os roteiristas de *Battlestar Galactica* apresentam o mesmo discurso em um contexto totalmente diverso, se apossando de uma construção de significado já existente na sociedade americana para apresenta-la como justificativa para um evento que, em caso diverso, talvez não houvesse tanto apoio da audiência. O caso apresentado por Tyrol não trata de liberdade de expressão. Entretanto, ao utilizar na série de um famoso texto que trata disso, desvia o foco da questão central, que é a disputa trabalhista. Esta análise crítica permite auferir as contradições existentes na obra em análise. Como aponta Freedman, “com a dissolução das reificadas categorias estáticas do status quo ideológico, a teoria crítica mostra constantemente que as coisas não são o que parecem ser e que as coisas não tem que ser sempre como são”⁸.

4. A GREVE DOS FUNCIONÁRIOS DO BAR EM STAR TREK: DEEP SPACE 9

Ao contrário da greve anterior, que foi deflagrada em uma linha de produção em decorrência das exaustivas e insalubres condições de trabalho, a greve em *Star Trek: Deep Space 9* é fruto de disputa salarial e fruição de descansos.

8 FREEDMAN, Carl. Op. Cit. p.8.

Transmitido em 1996, o 15º episódio da 4ª temporada, denominado “Bar Association”, começa com o personagem Rom desmaiando em decorrência de uma infecção no ouvido. Rom trabalha com garçom no bar Quark e, assim como grande parte dos trabalhadores deste bar, pertencente a uma raça denominada ferengi, que possui um estrito código de conduta baseado no enriquecimento através do trabalho alheio e respeito à livre pactuação entre trabalhador e empregador através de contratos leoninos. O empregador de Rom é seu irmão, Quark.

Durante seu tratamento na enfermaria, o Dr. Bashir sugere a Rom a criação de um sindicato para lutar por um contrato de trabalho médico. A sugestão é recebida com temor por Rom. Como diz Rom ao médico “nós ferengi não queremos acabar com a exploração.

Queremos achar um meio de sermos os exploradores”⁹.

Entretanto, assim que retorna ao local de trabalho, Rom é surpreendido com a notícia de que todos os salários serão reduzidos em um terço. Este fato faz Rom sugerir a criação de um sindicato aos demais trabalhadores, sugestão que chega com grande medo por parte dos demais trabalhadores, mas é acatada.

Chefe O’Brien sugere a Rom a deflagração de greve, citando como exemplo a greve de mineiros de carvão na Pensilvânia no ano de 1902.

Após terem suas reivindicações de aumento salarial, redução de carga horária e licença médica remunerada negados, os trabalhadores decidem entrar em greve.

Durante os diversos embates e negociações com o empregador, Rom chega a ser subornado para acabar com a greve. Diante disto, lê em seu dispositivo o seguinte texto: “Trabalhadores do mundo, uni-vos. Vocês não têm nada a perder a não ser suas correntes”.

Rom e os demais grevistas se mantem firmes em sua paralisação, mesmo diante das ameaças da associação comercial de ferenginar. Ao final, Rom e os trabalhadores concordam em suspender a greve e dissolver o sindicato e, em troca, Quark aceita cumprir com todas as reivindicações dos trabalhadores.

9 A negativa a participar de um sindicato e, conseqüentemente, de uma greve, trás à tona uma das cenas finais de “Eles não usam Black Tie”, de Gianfrancesco Guarnieri: “*TIÃO (num grande desabafo): Medo, está bem Maria, medo! Eu tive medo sempre! A história do cinema é mentira! Eu disse porque eu quero ser alguma coisa, eu preciso ser alguma coisa! Não queria ficar aqui sempre, tá me entendendo? Tá me entendendo? A greve me metia medo. Um medo diferente! Não medo da greve! Medo de ser operário! Medo de não sair nunca mais daqui! Fazê greve é ser mais operário ainda!*”

Apesar da greve se apresentar como um grande sucesso, a exigência de dissolução do sindicato represente um grave golpe contra os trabalhadores. Os benefícios conquistados são frágeis e passíveis de revisão a qualquer momento, entretanto, reorganizar os trabalhadores com tamanha afinidade e solidariedade sem a manutenção do sindicato se apresenta como uma tarefa muito difícil.

Importante ressaltar que mesmo diante da positivação da proibição de criação de um sindicato, assim como de exercício da greve, tais normas se apresentaram como irrelevantes diante dos fatos concretos de opressão. O problema da proibição e limitação da greve foi fruto de inúmeros embates no campo jurídico. Entretanto, os fatos históricos demonstraram que “a tentativa de limitar-se juridicamente este fato, maior do que o direito, é uma das buscas mais constantes dos ordenamentos jurídicos diversos. O fato, no entanto, continua, neste ponto, sendo maior e mais forte do que as forças do próprio direito”¹⁰.

A proibição da greve se mostra apenas uma barreira que, uma vez superada pelos trabalhadores diante das condições adversas de trabalho, só reforça a solidariedade e alteridade entre todos os trabalhadores envolvidos.

No presente caso, o exemplo apresentado pelo episódio de Star Trek aponta, no futuro, problemas recorrentes na sociedade americana. Sem uma proteção específica ao exercício da greve, bem como a proeminência das normas individuais sobre a legislação do trabalho, as dificuldades organizacionais são consideráveis.

A apresentação deste problema em um ambiente futuro aponta no passado caminhos para sua superação. Segundo Carl Freedman, “o futuro é crucial para a ficção científica não como um registro cronológico específico, mas como um locus de uma alteridade radical para o status quo mundano, que é, portanto, alienado e historicizado como o passado concreto de um potencial futuro”¹¹.

Importante notar também a referência explícita ao Manifesto Comunista de Marx proferida em discurso de Rom ao seu empregador. Dificilmente tal intervenção seria aceita pelo público em uma obra televisiva dos EUA se não fosse pela roupagem de ficção científica existente nesta série.

Inevitável fazer referência a outro episódio da mesma franquia. Trata-se do 21º episódio da 3ª temporada de Star Trek: The Original Series, denominado “The Cloud Minders”. O episódio, transmitido em 1969, apresenta a visita do capitão Kirk e Spock ao planeta Ardana em busca de um mineral capaz de

10 CORREIA, Marcus O.G. Direito Constitucional do Trabalho - Relações coletivas, in Correia, Marcus O.G.(org), *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, vol. I, p. 25

11 FREEDMAN, Carl. Op. Cit., p.55.

eliminar uma praga que consome outro planeta da Federação. Entretanto, em pouco tempo no planeta os personagens percebem a grande disparidade social existente, que força a grande massa de trabalhadores a viverem na superfície estéril do planeta, enquanto a elite vive com luxo em uma cidade flutuante sem a necessidade de trabalhar. Desta situação se desencadeia um confronto direto entre as classes, com a insurgência dos trabalhadores.

Ao contrário do episódio “Bar Association”, em “Cloud Minders” os trabalhadores não se organizam coletivamente como sindicato para protestar por suas demandas. Neste caso, a resposta dos trabalhadores à opressão a que são submetidos é a rebelião agressiva, não se limitando apenas a reter os produtos que produzem, mas também utilizando medidas desesperadas como raptos e ameaças. A questão se resolve apenas após a mediação do capitão Kirk, que age como verdadeiro juiz da causa, apontando concessões e soluções a ambas as partes.

Trata-se, aqui também, de evidente crítica à segregação social e às desigualdades de renda e trabalho que começam a ruir o ideário do American Way Of Life do início dos anos 60. Esta crítica severa é muito mais palatável quando apresentada desta forma indireta, através de um problema temporalmente distante em uma sociedade distinta. Como aponta Lincoln Geraghty, “Star Trek situa eventos históricos e questões contemporâneas em um formato de ficção científica que faz com que suas histórias sejam entendidas pela audiência como ficção, mas as mensagens sociais transmitidas podem ser digeridas sem ressentimento”¹².

Em ambos os casos, contudo, Star Trek apresenta à sua audiência símbolos e situações relativamente familiares, presentes de certa maneira em sua própria sociedade, possibilitando a ela obter um vislumbre histórico de seus problemas e de sua cultura.

5. CONCLUSÃO

A deflagração de uma greve ocorre majoritariamente por interesses individuais que, coletivamente organizados, se direcionam à resolução de uma causa comum. Desta maneira, trabalhadores se insurgem, por exemplo, contra uma norma injusta, uma rotina de trabalho opressiva, contra salários baixos ou condições ambientais insalubres. Entretanto, a motivação da greve não cessa aí. Muitas vezes, o espírito de solidariedade é essencial para o desenvolvimento eficaz da paralisação de trabalhadores. Esta solidariedade exige um exercício

12 GERAGHTY, Lincoln. *Living With Star Trek – American Culture and the Star Trek Universe*. Londres: I.B. Tauris, 2007, p.31.

de alteridade na medida em que mesmo aqueles que não são afetados pelas condições adversas notam a necessidade das demandas pleiteadas pelos grevistas.

Esse é o caso de Tyrol na série *Battlestar Galactica* que, mesmo não sendo um trabalhador da refinaria, compreende a emergência das demandas dos operários e deflagra o movimento grevista. Neste caso, a alteridade só foi possível após o personagem vivenciar, ainda que brevemente, as condições degradantes às quais os trabalhadores eram submetidos.

Apenas após se colocar no lugar desses operários Tyrol tomou consciência de seu próprio lugar na estrutura social daquela frota de naves. Percebeu, com isso, que os rumos que foram traçados pelos comandantes estimulavam a estratificação de classes, o determinismo social e a manutenção de privilégios. Esta tomada de consciência foi essencial para o desenvolvimento do personagem ao longo do episódio, que culminou com a busca de soluções através do diálogo com a presidente Roslin.

Verificamos também o desenvolvimento de alteridade nas atuações dos personagens Chefe O'Brien e Dr. Bashir na *Série Star Trek: Deep Space 9*. Após o início da greve dos trabalhadores do bar de Quark, ambos os personagens suspenderam suas visitas ao local e passaram a fazer vigília em sua porta para verificar quem adentrava o estabelecimento. O auge desta atuação ocorreu quando o tenente Worf entrou no bar. Para impedir que ele prejudicasse o movimento grevista, ambos foram atrás dele, ocasionando uma briga entre os personagens.

A atuação do Capitão Kirk em “*Cloud Minders*” também demanda um grande exercício de alteridade para resolver o conflito existente, propondo soluções que satisfaçam ambas as partes de modo duradouro.

Todas essas situações apresentam à audiência conflitos existentes em sua própria sociedade. A abstração narrativa através do véu futurista não impede a apreensão dos conflitos existentes no cerne da questão, apenas os torna mais palatáveis ao público. É função, portanto, da teoria crítica expor tais questões, contextualiza-las historicamente e averiguar as soluções propostas pela obra de ficção.

Compartilho mais uma vez a mesma visão que Freedman ao escrever que “apesar das imensas dificuldade e complexidades, eu acredito que que tanto a teoria crítica quanto a ficção científica têm o potencial de desempenhar papéis decisivos na libertação da humanidade da opressão”¹³.

13 FREEDMAN, Carl. Op. Cit, p. XX

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENJAMIN, Walter. Obras Escolhidas I. Magia e Técnica, Arte e Política. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BOULD, Mark; MIÉVILLE, China. Red Planets – Marxism and Science Fiction. Connecticut: Wesleyan University Press, 2009.
- CORREIA, Marcus O.G. Direito Constitucional do Trabalho - Relações coletivas, in Correia, Marcus O.G.(org), *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, vol. I.
- COSER, Lewis. The Functions of social conflict. London: Routledge and Kegan, 1956
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª edição. São Paulo: LTr, 2019.
- FREEDMAN, Carl. Critical Theory and Science Fiction. Middletown: Wesleyan University Press, 2000, p. XIX
- GERAGHTY, Lincoln. Living With Star Trek – American Culture and the Star Trek Universe. Londres: I.B. Tauris, 2007, p.31.
- GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 12ªEd. Rio de Janeiro: Forense,
- HOBBSAWN, Eric J. Os Trabalhadores – Estudos Sobre a História do Operariado. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- LEAL, Antonio da Silva. O conceito de greve e o problema das fontes terminológicas e conceituais do Direito do Trabalho, in *Temas de Direito do Trabalho – Direito do Trabalho na Crise. Poder empresarial. Greves Atípicas, IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra, 1990.
- LÖWY, Michael. Ideologia e Ciências Sociais. São Paulo: Cortez, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. São Paulo, LTr, 2000.
- SINAY, Hélène; JAVILLIER, Jean Claude. La grève. Traité du droit du travail. Paris, Dalloz, 1984.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Relações coletivas de trabalho. São Paulo, LTr, 1989.
- SUVIN, Darko. Metamorphoses of Science Fiction. New Haven; London: Yale University Press, 1979.

